Wesen und rechtliche Grundlagen des Kontrahierungszwanges

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Werner-Ernst Bothe
Gerichtsreferendar aus Potsdam

Marburg 1934
Druck: Joh. Hamel, Marburg.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 30. Juli 1934.

Berichterstatter: Prof. Dr. Erich Jung.

Meinem Vater!

Schrifttum.

Arndt: Deutsches Staatsrecht 1901.
Biermann: in Iherings J. Band 32, Seite 267—322.
Blumenthal: Der Zwangsvertrag, Göttinger Dissertation 1925.
Böhmer: in Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht und Konkursrecht, Band 87, 1924, Seite 214/18.
Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Auflage.
Dessau: Der Kontrahierungszwang im Beförderungsrecht, Hamburger Dissertation 1929.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Marburg 1928.
Elster: Der Kontrahierungszwang im Handw. der Rechtsw., Band III, Seite 700 ff., Berlin 1928.
Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928.
Fuld: im Recht 1906, Seite 1187 ff.
Fürst: in LZ. 1910 Sp. 177—198.
Geneft: Der Kontrahierungszwang, Greifswald. Dissertation 1919.
Genzmer: in DJZ. 1922, Seite 346 ff.
v. Gierke, O.: Deutsches Privatrecht, Band III, Schuldrecht 1917.
Hergt: Vertragsfreiheit und Zwang zum Vertragsabschluß, Erl. Diss. 1931.
Högy: Der Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht, Würzburger Diss. 1924.
Hummel: Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, Tüb. Diss. 1922.
Ihering: Der Zweck im Recht, Band II 1883.
Jung: Kohlenmonopol und Kontrahierungszwang in DJZ 1916 Sp. 178—84.
Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Auflage.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage 1924.
Mertens: Über Kontrahierungszwang, Breslauer Dissertation 1929.
Molitor: in Iherings Jahrb.. 73, 1 ff.
Nipperdey: Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmißbrauch, Mannheim 1929.
" Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920.
Oertmann: Kommentar zum BGB., 5. Auflage 1929.
Opet: Deutsches Theaterrecht 1897.
Papst: Die Beziehung zwischen Monopol und Kontrahierungszwang, Kölner Dissertation 1932.
Pappenheim: Die Vertragsfreiheit und die moderne Entwicklung des Verkehrsrechts in Festschrift für Georg Cohn, Seite 291—301, Zürich 1915.
Pfundtner-Neubert: Das neue deutsche Reichsrecht, Berlin 1933/34.
Plancks: Kommentar zum BGB. 4. Auflage, 1930.
Rundnagel: in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, 5. Band, 2. Abtlg., Seite 298 ff.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897.
Stampe: im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 108.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts III, Seite 83.
Warneyer: Kommentar zum BGB., 2. Auflage 1930.
Wimpfheimer: in Kartellrundschau 1929, Heft 1, S. 1 ff.
Wyler: Zulassungszwang, Kontrahierungszwang, Stromsperre, Erfurt 1931 in Veröffentlichungen des Arbeitgeberverbandes der Gas-, Wasser-, Elektrizitätswerke, Mitteldeutschlands, Heft 29.
Zorn: Deutsches Staatsrecht II, 2. Auflage.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGStr.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).

Inhaltsübersicht.

A. Wesen und Begriffsbestimmung.

§ 1:

Die Vertragsfreiheit und die Notwendigkeit ihrer Durchbrechung durch den Kontrahierungszwang.

Hauptzweck jeder Rechtsordnung ist, den dieser Rechtsordnung unterworfenen Rechtsangehörigen Normen zu geben, mit Hilfe deren ein gesellschaftliches Zusammenwirken und ein geordneter, wirtschaftsfördernder Güteraustausch ermöglicht wird. Inhalt und Umfang dieser Normen sind zu allen Zeiten verschieden gewesen. Zwei Möglichkeiten sind einer Rechtsordnung für die Erreichung ihres Zweckes vor allem gegeben. Sie kann einmal die Lebensbetätigungen der Rechtsgenossen in sozialer und wirtschaftlicher Hinsicht bis ins Einzelne regeln und kann zum anderen nur richtungweisend Wege angeben, in denen sich diese Betätigungen zu vollziehen haben. Welche der beiden Möglichkeiten von der Rechtsordnung gewählt wird, hängt von dem jeweiligen Gesetzgeber, insbesondere aber von den geistigen, politischen und wirtschaftlichen Einflüssen, die zur Zeit der Rechtsschaffung auf den Gesetzgeber eingewirkt haben, ab.

Das deutsche bürgerliche Recht ist beherrscht von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit[1]), also der zweiten der angegebenen Möglichkeiten, die die Rechtsordnung für die Regelung der sozialen und wirtschaftlichen Bewegungen der Rechtsgenossen hat. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist eine Äußerung des bürgerlich-liberalen Rechtsstaates[2]) und infolgedessen bestrebt gewesen, vor allem Güteraustausch und Wertbewegung nicht durch staatliche Eingriffe zu regeln, sondern dem freien Spiel der Kräfte zu überlassen. Da Güteraustausch und Wertbewegung sich normalerweise in Form von Verträgen zu vollziehen pflegen, mußte die Gestaltung gerade dieses Rechtsinstitutes unter dem Eindruck des liberalen Zeitalters freiheitlich vorgenommen werden[3]). Der Grundsatz der Vertragsfreiheit ist im BGB zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen worden,

1) Vertragsfreiheit gilt als Grundsatz, das bedeutet, in der Regel und im Zweifel wird Vertragsfreiheit anzunehmen sein. Vgl. jedoch darüber Ehrenberg, Freiheit und Zwang auf dem Gebiet des Verkehrsrechtes, Seite 9.

2) Eine von H. J. Wolff, in „Die neue Regierungsform des Deutschen Reiches“, Tübingen 1933 und im neueren staatsrechtlichen Schrifttum oft gebrauchte, m. E. sehr treffende Bezeichnung für die liberalen staatsrechtlichen Erscheinungsformen.

3) Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang finden ihre vornehmliche Bedeutung auf diesem Gebiete und die Untersuchung wird vor allem von dem Recht der Schuldverhältnisse und dem übrigen Verkehrsrecht auszugehen haben.

hat aber allgemeine Anerkennung gefunden und geht auch aus den Motiven zum BGB hervor[4]). Mit Recht weist H e r g t [5]) darauf hin, daß anderenfalls Bestimmungen wie § 241 und § 305 BGB nicht verständlich wären und der 7. Abschnitt im zweiten Buche des BGB „Die einzelnen Schuldverhältnisse" und nicht „Einzelne Schuldverhältnisse" lauten müßte.

Der Begriff „Vertragsfreiheit" ist nun im weitesten Sinne zu verstehen, d. h. jedermann ist berechtigt, im Rahmen der Gesetze nach freiem Ermessen Verträge abzuschließen, den Inhalt dieser Verträge zu bestimmen, den Gegenkontrahenten sich auszusuchen und über die Vertragsbestimmungen zu verfügen[6]). Die Schranken, die das BGB selbst der Vertragsfreiheit entgegengesetzt hat, sind ganz allgemeiner Art und lediglich geeignet, gröbste Eingriffe in das Allgemeininteresse durch schrankenlose Ausnutzung der Vertragsfreiheit zu verhindern. Hierher gehören die Bestimmungen der §§ 134, 138, 242 BGB.

Die Gestaltung, die der Grundsatz der Vertragsfreiheit im BGB gefunden hat[7]), ist bereits oftmals Gegenstand heftiger Angriffe gewesen. Von verschiedenen Seiten[8]) ist gegen diesen Grundsatz ins Feld geführt worden, daß er unsozial ist und zur Unterdrückung wirtschaftlich schwacher Existenzen, die sich den Vertragsbedingungen wirtschaftlich Stärkerer beugen müßten, besonders dann führt, wenn ein Gewerbezweig oder eine sonstige am Güterumsatz beteiligte Stelle eine monopolartige Stellung erlangt hat. In der Tat haben sich in vielen Fällen die wenigen Schranken, die das BGB der Vertragsfreiheit gezogen hat, als unzulänglich erwiesen, den Wider-

4) Motive II, Seite 321: „Vermöge des Prinzips der Vertragsfreiheit, von welchem das Recht der Schuldverhältnisse beherrscht wird, können die Parteien ihre Rechts- und Verkehrsbeziehungen nach ihrem Ermessen mit obligatorischer Wirkung unter sich bestimmen." Es ist außerdem interessant festzustellen, daß die Reichsverfassung von 1919 diesen Grundsatz in den Grundrechten (Art. 152) verfassungsrechtlich verankert hat: „Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze". Über die Entwicklung dieses Prinzipes im 19. Jahrhundert vgl. JW. Hedemann, „Die Fortschritte des Zivilrechtes im 19. Jahrhundert" 1910, Seite 7 ff., 16. Die Rechtsprechung hat außerdem schon früh den Grundsatz der Vertragsfreiheit anerkannt, z. B. JW. 1903, Beilage, Seite 42.

5) a.a.O., Seite 17 Anmerkung 1.

6) Man kann Hummel, a.a.O., Seite 9 zustimmen, wenn er die Vertragsfreiheit wie folgt definiert: „Vertragsfreiheit ist die auf der individualistischen Wirtschaftsordnung beruhende, innerhalb der Schranken der Gesetze gegebene Möglichkeit zur Eingehung, Gestaltung und Wiederaufhebung von in Vertragsform auftretenden Sonderverbindungen der Rechtsangehörigen, denen hiermit neben dem Recht späterer Vertragsabänderungen und der Vertragsaufhebung die Kompetenz gegeben wird zu bestimmen, ob sie überhaupt einen Vertrag schließen wollen und welchen Inhalt der Vertrag haben soll."

7) Stammler, Handw. der Staatswissenschaften 1911, Band VIII, S. 335 gibt im Begriff des Rechts eine ethische Rechtfertigung dieses Prinzips.

8) Z. B. Menger, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die besitzlosen Klassen, 3. Auflage, Seite 150 f.; Pappenheim, a.a.O., Seite 299.

streit zwischen persönlichen und Allgemeininteressen zu beseitigen. Es tauchte die Notwendigkeit auf, außerhalb des BGB Rechtsnormen aufzustellen, um die durch die Freiheit der Rechtssubjekte, Verträge abzuschließen, entstehenden Härten zu vermeiden, weil — um mit Ihering[9]) zu sprechen — das Recht eine „vormundschaftliche Funktion" hat und infolgedessen in der Lage sein muß, einen unmittelbaren Einfluß auf die Bewegungen des Verkehrs zur Wahrung gefährdeter privater und öffentlicher Interessen auszuüben. Die neue Rechtsschaffung hatte davon auszugehen, daß in bestimmt gelagerten Fällen die völlige Freiheit des Rechtssubjekts in der Frage des Abschlusses von Verträgen zu einer Gefährdung wichtigster Interessen anderer Rechtssubjekte und damit der Allgemeinheit führte[10]). Der Grundsatz der Vertragsfreiheit mußte also durchbrochen, d. h. Abschluß, Inhalt und Parteien von Verträgen in bestimmten Fällen dem freien Willen der Rechtssubjekte entzogen werden. Dies ist in Gestalt des Kontrahierungszwanges und des diktierten Vertrages geschehen.

In welchen Fällen nun von der Rechtsordnung die Vertragsfreiheit beschränkt oder aufgehoben wird, hängt von Zweck und Aufgaben des Staates, dem sie dient, sowie den jeweiligen wirtschaftlichen und politischen Verhältnissen ab. So ist es einleuchtend, daß der Staat, dem das laisser faire, laisser passer als natürliche Ordnung aller Dinge erscheint, andere Grundsätze in dieser Richtung vertreten muß als der völkische Führerstaat, der mit der nationalen Revolution im Frühjahr 1933 in Deutschland zum Durchbruch gekommen ist; denn diesem Staat ist bei allen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Erscheinungsformen das Wohl der Gesamtheit, die Durchführung des völkisch-sozialistischen Prinzips Maßstab aller Dinge[11]). In der Tat weist das neue deutsche Gesetzes- und Verordnungsrecht eine große Reihe von Beispielen für den Kontrahierungszwang auf und es erscheint angebracht, darauf hinzuweisen, daß dieses Rechtsinstitut de lege ferenda in weit stärkerem Maße als bisher als Mittel staatlicher Beeinflussung von Güterverkehr und Wertbewegung benutzt werden wird[12]).

9) Der Zweck im Recht, II. Band, Seite 293.

10) Zu eng Fürst, a.a.O., Sp. 181, der im wesentlichen nur das öffentliche Interesse zu Gunsten des Staates und der öffentlichen Verbände als Grund für die Errichtung des Kontrahierungszwanges ansieht.

11) Das leitende Motiv der nationalsozialistischen Weltanschauung lautet: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz".

12) Der Einstellung des neuen deutschen Staates zur künftigen Rechtsschaffung gab Reichsjustizkommissar Frank, Völkischer Beobachter, Ausgabe A, 1934, Nr. 178, Seite 1, auf der ersten Jahrestagung der Akademie für Deutsches Recht am 26. Juni 1934 Ausdruck: „Kein Juristenrecht, kein Recht, abgesondert vom Volksbewußtsein und aufgezogen in künstlichen Abstraktionen, sondern ein Recht, das in seinem Pulsschlag den Pulsschlag der Nation verspüren läßt, ein Volksrecht, das dem Volke dient, mit dem Volke wächst, das Volk sichert und niemals in irgendeiner Entwicklungsstufe zur Last und Qual des Volkes werden könnte." Damit

§ 2:
Begriffsbestimmung des Kontrahierungszwanges.

Die Rechtsfigur des Kontrahierungszwanges oder — wie die Bezeichnung, die neuerdings[1]) dafür gebraucht wird, lautet, des Zwanges zum Vertragsabschluß, hat bisher im deutschen Schrifttum eine Vernachlässigung erfahren, die angesichts ihrer überragenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung in Erstaunen setzt. Als das grundlegende Werk kann auch heute noch die im Jahre 1920 erschienene Studie von Nipperdey: „Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag" angesehen werden, obwohl sie offensichtlich unter dem Eindruck der rechtlichen Erscheinungen, die die Kriegswirtschaft und die Demobilisierung mit sich brachten, geschrieben worden ist. Aber abgesehen von diesem Werk und einer veralteten Arbeit Biermanns[2]), ist Ausführliches im Schrifttum nicht zu finden[3]).

Der Kontrahierungszwang ist nicht einheitlich geregelt. In einer Unsumme von Gesetzen, Verordnungen, Satzungen usw. tritt er teils versteckt, teils offen zu Tage; es handelt sich also im wesentlichen um ein kasuistisch geregeltes Rechtsinstitut. Um zu einer treffenden und brauchbaren Begriffsbestimmung zu kommen, ist es erforderlich, im Wege der Abstraktion, also unter Weglassung alles Unwesentlichen und unter Betrachtung des diesem Institut allgemein Charakteristischen, Wurzeln und Wesen des Kontrahierungszwanges, so wie er sich heute darstellt, aufzufinden; es gilt also, den Einzelfällen besondere gemeingültige Regeln abzugewinnen.

1. Der Kontrahierungszwang entzieht dem Rechtssubjekt in Durchbrechung der ihm durch die Rechtsordnung gewährten Vertragsfreiheit die Freiheit, Verträge abzuschließen im weitesten Sinne. Er stellt sich als elementarer Eingriff in die durch das deutsche Privatrecht geschützten Interessen des Einzelnen dar und wird infolgedessen von der Rechtsordnung nur auf Grund beson-

---

weist er darauf hin, daß Grundsätze, seien sie im bisherigen Recht auch noch so verwurzelt, wie z. B. die Vertragsfreiheit, fallen werden, wenn sie dem Volksbewußtsein nicht entsprechen und das Volk nicht zu sichern vermögen.

1) Hergt: Vertragsfreiheit und Zwang zum Vertragsabschluß. Die Worte Zwang zum Vertragsabschluß werden in vorliegender Arbeit als Kennzeichnung des Kontrahierungszwanges bewußt nicht gebraucht, weil darin der wahre Sinn des Kontrahierungszwanges nicht zum Ausdruck kommt. Immer nämlich kommt es, wie zu zeigen sein wird, nicht nur darauf an, Verträge abzuschließen, sondern Verträge bestimmten Inhaltes abzuschließen. Man sollte sich davor hüten, in Rechtsprechung und Schrifttum fest verwurzelte Begriffe zu verdeutschen, es sei denn, es wird eine wirklich dem Sinn des entsprechenden Begriffes gerechtwerdende Formel gefunden.

2) Rechtszwang zum Kontrahieren, Jher. J., 32. Band, Seite 267—322.

3) Gute Literaturangaben gibt für unser Problem Nipperdey, Kontrahierungszwang Seite 7, Anmerkung 1.

derer gesetzlicher Vorschriften als zulässig erachtet[4]). Der Zwang, wie er sich im Kontrahierungszwang darstellt, ist daher ein **Rechtszwang**[5]). Der innere Grund zu einem solchen Eingriff ist, wie wir gesehen haben, in bestehenden oder drohenden sozialen und wirtschaftlichen Mißständen zu sehen, zu deren Beseitigung oder Verhinderung sich der Staat immer der Rechtsordnung bedienen muß. Darum kann allein die **Tatsache** eines solchen Mißstandes nicht eine Rechtsquelle des Kontrahierungszwanges sein; immer muß für sein Zustandekommen erst eine rechtliche Grundlage **geschaffen** werden. Auch tatsächlicher Zwang zum Kontrahieren ist nicht ausreichend und hat mit unserem Kontrahierungszwang nicht das mindeste zu tun. Entgegenzutreten ist, jedenfalls mit dieser Begründung, daher insbesondere der Ansicht **Wimpfheimers**[6]), der z. B. für die Monopole einen Kontrahierungszwang annimmt, weil „der Verkehr, die Verhältnisse, die Wirtschaft, die Ethik oder wenn man statt ihrer von allgemeinen Rechtserwägungen oder gar Naturrecht reden will, ihn fordern."

Gewiß ist es in der Praxis oftmals recht schwierig, tatsächlichen Zwang vom Rechtszwang zu unterscheiden und festzustellen, ob im jeweiligen Fall von Kontrahierungszwang gesprochen werden kann oder nicht. Jedes natürliche Rechtssubjekt **muß** sich Nahrungsmittel, Kleidungsstücke usw. verschaffen, **muß** also Kauf- oder Tauschverträge abschließen, aber trotzdem liegt kein Kontrahierungszwang vor, weil es an dem Rechtsgrund fehlt[7]). Auch moralischer oder sittlicher Zwang kann grundsätzlich nicht Rechtsquelle des Kontrahierungszwanges sein[8]).

Gebote der Rechtsordnung, die für bestimmte Rechtssubjekte den Kontrahierungszwang errichten, tauchen in den mannigfaltigsten staatsrechtlichen Formen auf und oftmals wird die Untersuchung schon durch die Schwierigkeit ihres bloßen Auffindens nicht unerheblich beeinträchtigt.

2. Aus der Feststellung, daß der Kontrahierungszwang ein Rechtszwang ist und schon aus dem Worte „Zwang" ergibt sich, daß er einen Befehl der Rechtsordnung enthält, der von **außen** an

---

4) RGZ. 133, 390: „. . . . es ist davon auszugehen, daß unser Recht vom Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht ist, und daß ein Zwang besonderer gesetzlicher Grundlage bedarf."

5) Bereits Biermann bezeichnet seine Arbeit mit „Rechtszwang zum Kontrahieren", ohne jedoch eine nähere Begriffsbestimmung zu geben; er sagt lediglich (Seite 267), daß zwei Fälle von der Erörterung ausgeschlossen seien, Kontrahierungszwang infolge eines Vorvertrages (wie wir später sehen werden, darf man hier entgegen Biermann überhaupt nicht vom Kontrahierungszwang sprechen) und die Enteignung.

6) Kartell-Rundschau 1929, Heft I Seite 27; vgl. besonders hinsichtlich der Monopole Papst a.a.O., Seite 42 ff.

7) Auf weitere Beispiele wird später zurückzukommen sein.

8) Der sich in diesem Zusammenhang oftmals ergebende **allgemeine** Kontrahierungszwang gemäß § 826 BGB wird später Gegenstand der Behandlung sein.

das Rechtssubjekt herantritt. Der Kontrahierungszwang beruht also nicht auf eigener Willensbildung des Rechtssubjekts, sondern ist willensfremder Zwang. Auf ein exaktes Festhalten an dieser Fassung, die zum ersten Male von Nipperdey[9]) vorgenommen worden ist, muß besonders Bedacht genommen werden; denn durch eine Verkennung gerade dieses Begriffsmerkmales sind schwerwiegende Irrtümer in einem nicht unbedeutenden Teil des Schrifttums aufgetaucht. Nicht so sehr kommt es dabei auf ein starres Festhalten an den Worten an, sondern auf die Erkenntnis, daß der Zwang an den Kontrahierungsverpflichteten von außen herantritt, ihm den Willen diktiert. Darum ist es ein müßiges Streiten um Worte, wenn Dessau[10]) die Nipperdey'sche Formulierung angreift, indem er ausführt, daß in vielen Fällen des Kontrahierungszwanges der vom Kontrahierungszwang Betroffene Verträge abschließt, ohne daß er sich des gesetzlichen Zwanges bewußt ist, er also auch dann abschließen würde, wenn der Kontrahierungszwang nicht bestünde. Dessau nennt daher den Kontrahierungszwang eine von dem Willen des Betroffenen unabhängige Zwangsverpflichtung. Er begeht hier den Fehler, sich bei der Begriffsbestimmung von dem gleichlaufenden Willen des Betroffenen leiten zu lassen. Auf diesen Willen kommt es aber überhaupt nicht an, darum ist es zweckmäßig, an der Bezeichnung „willensfremder Zwang" festzuhalten. Der gleiche Irrtum, nur nach der anderen Seite hin — er betrachtet ausschließlich den entgegengesetzten Willen des Betroffenen — unterläuft Pabst[11]), wenn er sagt, daß es sich bei dem Kontrahierungszwang darum handele, einen Vertrag mit jemand gegen dessen Willen abzuschließen. Bei Betrachtung dieses Merkmals des Kontrahierungszwanges müssen vor allem alle diejenigen Fälle ausscheiden, in denen jemand selber durch sein Verhalten einen Vertragsschluß — mag er auch seinem Willen nicht entsprechen — herbeigeführt hat. Genest[12]) behandelt so z. B. noch als typischen Fall des Kontrahierungszwanges das Verschaffungsvermächtnis gemäß §§ 2169, 2170 BGB., also den Fall, daß der Erbe einen nicht zur Erbschaft gehörigen Gegenstand dem Bedachten zu verschaffen hat und infolgedessen Verträge abzuschließen verpflichtet ist. Genest vergißt vollkommen, und er gibt viele derartige unrichtige Beispiele an, daß hier kein willensfremder Zwang vorliegt; denn der Erbe hätte sich ja seiner Verpflichtung durch Ausschlagung der Erbschaft entziehen können. Wenn er es nicht tat, so ist seine Verpflichtung letztlich

9) Kontrahierungszwang, Seite 15.
10) a.a.O., Seite 10.
11) a.a.O., Seite 9.
12) a.a.O., Seite 23. Andere falsche Beispiele, die Genest gibt, sind: Auflage bei letztwilliger Verfügung gemäß § 1940 BGB. (Seite 30 f); Wandlungsanspruch gem. § 462 ff. BGB. (Seite 35); vgl. darüber auch Nipperdey, Kontrahierungszwang, Seite 15 ff.

doch seiner eigenen Willensbindung, der Annahme der Erbschaft, entsprungen! Auch in letzter Zeit noch wird dieses Wesensmerkmal des Kontrahierungszwanges verkannt. Wenn Molitor[13]) versucht, den durch einen Vorvertrag zustande gekommenen Hauptvertrag als Fall des Kontrahierungszwanges darzustellen, so begeht er den gleichen Fehler, auch hier liegt eigene Willensbindung vor[14]).

3. Sinn des Kontrahierungszwanges ist, jemand durch Zwang zu veranlassen, einen Vertrag abzuschließen. Die Rechtsordnung legt bewußt auf einen Vertrag Wert; denn sie verzichtet in diesen Fällen ja auf einseitige rechtsgestaltende Mittel öffentlich-rechtlichen Zwanges, wie sie etwa die Enteignung[15]) darstellt[16]). Daß es sich hier um einen privatrechtlichen Vertrag, und zwar um einen Verpflichtungsvertrag handeln muß, ist — wie Pabst[17]) mit Recht feststellt — nahezu unbestritten. Entgegenzutreten ist daher Stampe[18]), der die Meinung vertritt, daß das „Grundgeschäft (Verpflichtung aus dem Kontrahierungszwang) schon durch die einseitige Willenserklärung des Kontahierungsberechtigten zustande kommt". Stampe leugnet, allerdings ohne eine Begründung dafür zu geben, die Notwendigkeit eines schuldrechtlichen Vertrages beim Kontrahierungszwang und betrachtet ihn als ein dem Begünstigten zustehendes Gestaltungsrecht. Mit Recht bemerkt Nipperdey[19]) hierzu, daß man, die Richtigkeit der Stampe'schen Ansicht unterstellt, dann „garnicht von einem Kontrahierungszwang reden dürfte." Ein Vertrag entsteht durch die Einigung der Parteien; beim durch Kontrahierungszwang zu begründenden Vertrag ist es nicht anders. Der Kontrahierungszwang tritt nicht an den Betroffenen mit der Forderung heran zu liefern, zu befördern oder dergleichen, sondern er verlangt von ihm, daß er sich dazu verpflichtet! Schwierigkeiten, die richtige Abgrenzung zu finden, tauchen allerdings hier auf besonders, wenn auf der einen Seite bestimmte Körperschaften des öffentlichen Rechts stehen. Kontrahierungszwang ist mangels eines privatrechtlichen Vertrages dann nicht ge-

13) a.a.O., Seite 6.
14) Eine schon von Biermann, a.a.O., Seite 267 richtig erkannte Auffassung.
15) Die Enteignung ist eine Einrichtung des öffentlichen Rechts, ein staatlicher Verwaltungsakt. Mit dem von der Enteignung Betroffenen wird nicht ein Kaufvertrag geschlossen, sondern ohne das Mittel des Vertrages erwirbt der Begünstigte (Gemeinde, Staat) Eigentum. Der Gesichtspunkt eines privatrechtlichen Güterumsatzes scheidet, wie Nipperdey, Kontrahierungszwang, Seite 25, richtig feststellt, völlig aus.
16) Unrichtig Fürst, a.a.O., Spalte 182, der Kontrahierungszwang und Enteignung für verwandte Rechtsinstitute hält, weil er in der Enteignung „richtiger" einen Abschluß eines Zwangsvertrages sieht.
17) a.a.O., Seite 9.
18) Stampe in Arch.f.Ziv.Prax. a.a.O., Seite 68. Einen ähnlichen Standpunkt nimmt Rosenfeld, Diktierte Verträge, Diss. Berlin 1925, Seite 15 ein, indem er davon spricht, daß „dem Begünstigten die unmittelbare Macht verliehen sei, das Schuldverhältnis ins Leben zu rufen."
19) Kontrahierungszwang, Seite 88, Anm. 3.

geben, wenn eine solche Körperschaft mit Zwangs- und Befehlsgewalt unmittelbar an das Rechtssubjekt herantritt, wenn z. B. gemäß § 100 Gew.O Zwangsinnungen gebildet werden. Als neueres Beispiel dafür ist das Ende April 1934 geschaffene Zwangskartell der Zigarettenfabriken anzusehen[20]) [21]).

4. Der Natur des Kontrahierungszwanges entspricht es ferner, daß er auch auf die inhaltliche Gestaltung des durch ihn entstehenden Vertrages Einfluß nimmt. Richtig betont Nipperdey[22]): „Ein Kontrahierungszwang, der nur anordnen würde, daß ein Rechtssubjekt mit jemandem einen Vertrag bestimmter Art abzuschließen hat, ohne entweder Leistung und Gegenleistung zu bestimmen oder anzugeben, in welcher Weise die Vertragsbedingungen ohne Vereinbarung festzusetzen sind, wäre eine juristische Anomalie". Wenn er aber daraus folgert, daß dieser Vertrag inhaltlich genau bestimmt oder von dritter Seite zu bestimmen ist, so ist dies nur richtig, wenn er damit eine Richtlinienbestimmung oder Grundsatzbestimmung meint; denn in sehr vielen Fällen des Kontrahierungszwanges wird eine genaue inhaltliche Abgrenzung und Festlegung des Vertragsinhaltes von vornherein garnicht möglich sein. Dem Kontrahierungszwang unterliegende Gas- und Elektrizitätswerke können beispielsweise die Preise erst nach ihrem Absatz an Strom, bzw. Gas festlegen und auch dann noch werden sie je nach dem Stande der Kohlenpreise, Arbeitslöhne usw. veränderlich sein.

Eine grundsätzliche Festlegung des Inhaltes des Vertrages muß aber auf jeden Fall vorhanden sein; denn bliebe die Bestimmung des Vertragsinhaltes den Parteien überlassen, so würde der Kontrahierungsverpflichtete in der Lage sein, sich durch Stellung von für den anderen Teil untragbaren Bestimmungen dem Vertragsschluß zu entziehen[23]).

---

20) Ein weiteres Beispiel gibt das Gesetz zur Änderung des Milchgesetzes vom 11. 5. 1933 (RGBl. I, Seite 261) an; hiernach sind gemäß § 38 Abs. 7 vom Reichsminister Erzeugerbetriebe sowie milchbearbeitende und -verarbeitende Betriebe zur Regelung und Verwertung des Absatzes von Milch- und Milcherzeugnissen zusammenzuschließen. Vgl. ferner § 1 des Gesetzes über den Zusammenschluß von Mühlen vom 15. 9. 1933 (RGBl. I, Seite 627).

21) Die Frage, inwieweit öffentlich-rechtliche Körperschaften überhaupt infolge des Kontrahierungszwanges privatrechtlich kontrahieren, wird später Gegenstand der Behandlung sein.

22) Kontrahierungszwang, Seite 31.

23) Vgl. Pabst, a.a.O., Seite 10, der auch richtig bemerkt, daß die von Molitor gebrauchte Bezeichnung „Vertragszwang" wegen der Bestimmung des Inhaltes des durch den Kontrahierungszwang geschaffenen Vertrages falsch ist; denn es kommt in der Tat darauf an, daß durch den Kontrahierungszwang nicht nur ein Vertrag geschaffen wird, sondern ein Vertrag mit grundsätzlich bestimmtem Inhalt; ebenso Blumenthal, „Der Zwangsvertrag".

5. Da der Kontrahierungszwang den Zweck hat, eingetretene oder drohende wirtschaftliche oder soziale Störungen zu beseitigen bzw. zu vermeiden, muß er notwendig den künftigen Gläubiger des durch ihn entstehenden Vertrages begünstigen. Soll z. B. ein widerstrebendes Rechtssubjekt zur Güterbewegung gezwungen werden, so hat das nur Sinn, wenn dadurch dem Gläubiger die erforderlichen Güter zugeführt werden, er also unmittelbar begünstigt wird[24] [25]).

6) Nach allem kann folgende Begriffsbestimmung des Kontrahierungszwanges gegeben werden:

Kontrahierungszwang ist ein Rechtszwang, durch den ein Rechtssubjekt unter Ausschluß eigener Willensbindung verpflichtet ist, mit dem Begünstigten einen schuldrechtlichen Vertrag grundsätzlich bestimmten Inhaltes abzuschließen.

§ 3:

Zur Systematik des Kontrahierungszwanges.

Seit Biermanns „Rechtszwang zum Kontrahieren", der ersten größeren Arbeit über dieses Problem, ist das Schrifttum eifrig bemüht gewesen, die Erscheinungsformen des Kontrahierungszwanges systematisch zu gliedern, um auf diese Weise zu einer besseren wissenschaftlichen Erkenntnis der positiv-rechtlichen Formen des Kontrahierungszwanges selbst zu gelangen. Die einen[1]) gehen dabei lediglich von den äußeren staatsrechtlichen Formen aus, in denen der Kontrahierungszwang statuiert wird. Sie scheiden also danach, welche Rechtsgrundlage das Zwangsgebot hat, ob es auf Gesetz, Verordnung, Verfügung, autonomer Satzung oder Gewohnheitsrecht beruht. Andere[2]) wieder systematisieren den Kontrahierungszwang nicht nach seinem formalen Auftreten, sondern nach den verschiedenen sozialen und wirtschaftlichen Zwecken, die von der Rechtsordnung durch die Anordnung des Kontrahierungszwanges erreicht werden sollen, nehmen also vor allem auf den inneren Rechtsgrund Bedacht.

Keiner dieser beiden Wege befriedigt. Die erste Gliederung ist, besonders von Nipperdey[3]), durchaus berechtigt vorgeworfen, sie stelle lediglich das Formale in den Vordergrund und vergesse, daß bedeutungsvoll für den Kontrahierungszwang in erster Linie der innere Grund, der überhaupt erst zu seiner Statuierung geführt hat,

24) Vgl. Nipperdey, Kontrahierungszwang, Seite 30.
25) Zur Klarstellung sei bemerkt, daß in vorliegender Arbeit, insbesondere bei den Erscheinungsformen des Kontrahierungszwanges, derjenige, dem der Kontrahierungszwang auferlegt worden ist, als „Betroffener", der andere Teil als „Begünstigter" bezeichnet werden.
1) Biermann, Hergt, Pabst.
2) Nipperdey, Kontrahierungszwang; Mertens.
3) Kontrahierungszwang, Seite 32.

sei. Der zweite Weg, von dem wirtschaftlichen Merkmal des Zwanges zur Güterbewegung auszugehen und nach dem verschiedenen sozialen und wirtschaftlichen Zweck zwischen einem Kontrahierungszwang zur Erzielung normaler Güterbewegung und einem Kontrahierungszwang zur Herbeiführung einer von der Rechtsordnung verlangten anormalen Wertbewegung zu unterscheiden, wie es vor allem Nipperdey tut, ist für den Regelfall, für Zeiten einer befriedeten Wirtschaft nicht gangbar; denn Fälle des Kontrahierungszwanges zur Herbeiführung einer von der Rechtsordnung verlangten anormalen Wertbewegung stellen in solchen Zeiten erstaunliche Ausnahmen dar, die wohl als solche gewertet werden müssen, als Hauptteil einer Systematik des Kontrahierungszwanges aber nicht geeignet sind[4]).

Es ist fraglich, ob sich eine bestimmte Gliederung der Erscheinungsformen des Kontrahierungszwanges überhaupt wird durchführen lassen. Der Kontrahierungszwang ist, wie bereits erwähnt wurde, vorwiegend kasuistisch geregelt und immer nur dann statuiert worden, wenn ein bestimmtes soziales oder wirtschaftliches Interesse ihn erheischte. Er ist also von Haus aus typisch unsystematisch.

Zweckmäßig erscheint mir aber für eine Darstellung der Erscheinungsformen des Kontrahierungszwanges die m. W. noch nirgends gebrauchte Einteilung nach einem allgemeinen und einem besonderen Kontrahierungszwang[5]). Ausgehend von der

4) In der Tat stellen sich die von Nipperdey gebrachten Fälle dieser Art als Bestimmungen der Kriegszeit und der Demobilisierung dar, die schon deswegen eine andere Wertung erfahren müssen (vgl. Kontrahierungszwang, Seite 67, 68 ff.: „Hier ist der Kontrahierungszwang ein Mittel rechtlicher Organisation zur Durchführung der Wirtschaft, die wir als gebundene Wirtschaft oder Zwangswirtschaft bezeichnen. Wenn es nicht möglich erscheint, Lebensmittel, Rohstoffe, Land, Wohnungen, Arbeitskräfte im freien Spiel der Kräfte zu angemessenen Bedingungen für die Allgemeinheit zu schaffen, braucht man den Zwang.")

5) In diesem Zusammenhang muß betont werden, daß diese Gliederung nicht etwa mit der von Elster (Kontrahierungszwang im Handwörterbuch der Rechtswiss. Seite 701) gebrauchten Unterteilung des Kontrahierungszwanges in absoluten und relativen Kontrahierungszwang zu verwechseln ist. Absoluter Kontrahierungszwang ist bei Elster der kasuistisch geregelte Einzelfall, der dem Betroffenen ganz konkret auf Grund eines Gesetzes oder auf sonstiger Rechtsgrundlage die Verpflichtung zum Vertragsabschluß auferlegt; unter relativem Kontrahierungszwang versteht er einen Kontrahierungszwang, „der aus öffentlichem Interesse zwar nicht streng gesetzlich, wohl aber nach Gewohnheitsrecht oder nach privater Bindung folgt." Diese Begründung des „relativen Kontrahierungszwanges" ist falsch. Es wurde im § 2 bereits gezeigt, daß von Kontrahierungszwang nur dann die Rede sein kann, wenn er eine gesetzliche Grundlage hat. Auch die Fälle des § 826 BGB, die Elster hierunter fassen möchte, haben eine „gesetzliche Grundlage", eben diesen § 826. Außerdem ist es unverständlich, warum Elster eine Unterscheidung zwischen „streng gesetzlicher Grundlage" und „Gewohnheitsrecht" macht. Selbstverständlich ist das Gewohnheitsrecht auch eine gesetzliche Grundlage wie überall, so auch beim Kontrahierungszwang. Vgl. darüber Pabst, a.a.O., Seite 11.

Erkenntnis, daß das Rechtsinstitut Kontrahierungszwang zwar vorwiegend, jedoch nicht ausschließlich kasuistisch geregelt ist und außerdem sowohl in allgemeinen privatrechtlichen (z. B. § 826 BGB.) als sogar in öffentlich-rechtlichen Rechtsnormen und Grundsätzen erscheint und der Tatsache, daß im nationalsozialistischen Staat eine nicht unerhebliche Ausdehnung der allgemeinen Zwangskontrahierungsbestimmungen — sei es auch nur in Form einer umfassenderen Auslegung und Anwendung des bestehenden Rechts — Platz greifen wird[6]), erscheint mir eine solche Gliederung geeignet, alle Fälle des Kontrahierungszwanges systematisch zu erfassen[7]). Bei der Erörterung der einzelnen Erscheinungsformen wird es Aufgabe sein, auch dem inneren Rechtsgrunde der jeweiligen Fälle des Kontrahierungszwanges nachzuforschen.

B. Erscheinungsformen.

§ 4:

Darstellung von Fällen des Kontrahierungszwanges im älteren deutschen Recht.

Der Kontrahierungszwang ist dem deutschen Recht wie auch dem gemeinen und römischen Recht und den Rechten der anderen Kulturstaaten eine durchaus bekannte Rechtsfigur[1]).

Hinsichtlich des Verkehrsrechtes finden wir bereits im frühen Mittelalter in germanischen Rechtsquellen, besonders zur Zeit der Frankenherrschaft unter Karl dem Großen und Ludwig dem Frommen, das Bestreben, für solche Kreise der Bevölkerung, denen ein Allein- oder Vorrecht zur Beförderung von Reisenden oder zur Ausübung von Botendiensten zustand, eine Beförderungspflicht, d. h. also einen Kontrahierungszwang zu schaffen[2]). Haff[3]) hat bei einer Untersuchung der Rechtsgeschichte der Transportgenossenschaften im Mittelalter festgestellt, daß eine Transportpflicht der der mansi gegenüber dem König und seinem Gefolge und dem Grundherrn bestand. In einem Capitulare Ludwigs des Frommen aus den Jahren 823 bis 825 wird von einer allgemeinen Verpflichtung zu Lieferungs-, Herbergs- und Postdiensten an die mit der königlichen evectio, dem Postschein, oder der tractoria, dem Traktierbrief, ausgestatteten Personen gesprochen[4]). Ob diese Verpflichtung im Ab-

6) Vgl. die Ausführungen am Ende von § 1.
7) Wenn eine solche Einteilung bisher noch nicht durchgeführt worden ist, so scheint mir der Grund dafür darin zu liegen, daß man gerade dem allgemeinen Kontrahierungszwang keine allzu große Bedeutung beigemessen hat.
1) Vgl. darüber Genest, a.a.O., Seite 10 –15; 18—23.
2) Vgl. Dessau, a.a.O., Seite 13.
3) in Zeitschr. f. Rechtsgeschichte der Savigny-Stiftung, Band 31, Seite 253 ff.
4) Vgl. Dopsch, Wirtschaftsgeschichte, II, Seite 217.

schluß von Beförderungsverträgen bestand, oder ob sich der Untertan hierin einfach der Zwangs- und Befehlsgewalt des Herrschers unterwerfen mußte, läßt sich heute schwerlich feststellen. Jedoch scheint bereits hier ein Kontrahierungszwang vorzuliegen. Für andere Lebensbetätigungen der Rechtsgenossen kommen vor allem die Zwangs- und Bannrechte in Betracht, mit der ihnen gemäß ALR § 1, I, 23 zustehenden Befugnis „andere im Gebrauch ihrer Freiheit zu handeln zum Vorteil des Berechtigten zu beschränken". Auf Grund eines Bannrechtes waren alle Einwohner einer bestimmten Landschaft verpflichtet, ihre gewerblichen Bedürfnisse bei dem Berechtigten zu befriedigen, während auf Grund eines Zwangsrechtes einem Produzenten die Befugnis gegeben war, einem nicht zugelassenen Mitbewerber den Gewerbebetrieb in seinem Bezirk zu untersagen. Es handelt sich also in den meisten Fällen auch hier um typische Merkmale des Kontrahierungszwanges. Der Mühlenzwang[5]), der dem Müller das Recht gab, von den Bewohnern seines Bezirkes zu verlangen, Getreide nur in seiner Mühle mahlen zu lassen, der Bleichzwang, die Braugerechtigkeit[6]) und der Branntweinzwang[7]) (die beiden letzten sind schon durch Edikt vom 28. 10. 1810 aufgehoben worden), sind nur einige der wichtigsten Bannrechte. Stobbe gibt in seinem Handbuch des Deutschen Privatrechtes[8]) an, daß im Mittelalter „Schankwirte und Bäcker jedem Wein und Brot verkaufen mußten, falls der Kaufpreis bar erlegt oder ein ausreichendes Pfand gegeben wird;" ebenso mußten Juden und sonstige Geldwucherer Geld gegen genügende Sicherheit verleihen[9]). Rechtszwang zum Kontrahieren ist hier als wesentlicher Bestandteil in der Konzession enthalten. Dasselbe galt auch für die privilegierten Apotheken. Darauf, daß auch für Unternehmer von obrigkeitlich genehmigten Lotterien und Glücksspielen ein Kontrahierungszwang gemäß ALR § 552 I, 11 bestand, hat Nipperdey[10]) mit Recht hingewiesen[11]).

5) ALR § 31 ff., I, 23.
6) ALR § 66 f I, 23.
7) Branntweingerechtigkeit, ALR § 90 f., I, 23.
8) III. Band, Seite 83.
9) Nach dem Augsburger Stadtrecht mußte jeder Jude Geld auf Pfänder geben, die um ein Drittel mehr Wert waren als die Geldsumme betrug (vgl. Stobbe, Die Juden im Mittelalter, Seite 113).
10) Kontrahierungszwang, Seite 46, Anm. 1.
11) Genest, a.a.O., Seite 15 bis 16 zitiert ein in diesem Zusammenhang recht interessantes Urteil aus Cramers Wetzlarischen Nebenstunden, 7. Teil, XII, Seite 86 f.: „Ob der Gemeinde Köthen Fürstlich Fuldaischen Gebiets neben dem eingestehenden Bannrecht, daß selbige alle Ehren-Zechen in der Dillsbergers Erb-Schenkenstadt zu halten schuldig seien, anoch über das auferlegt werden könne, in quali et quanto nehmlich am Wein bey Hochzeiten vor einen Mann zwey Maas und vor eine Frau ein halb Maas Wein und bey Kindtaufen vor einen Mann ein Maas und vor eine Frau ein halb Maas Wein, wo nicht zu trinken, jedoch wenigstens sich aufrechnen zu lassen und zu bezahlen." Er knüpft daran mit Recht die

Für die Entwicklung des Kontrahierungszwanges bei öffentlichen Anstalten sei an Hand der preußischen Post zum Schluß noch darauf hingewiesen, daß bereits die älteste preußische Postordnung von 1712 einen Postzwang kennt[12]), d. h. jedem Preußen wurde die Verpflichtung auferlegt, bei Postsendungen die preußische Post zu benutzen. Ganz deutlich wird der Kontrahierungszwang aber in ALR § 161, II, 15 ausgedrückt, wo es heißt: „Die Postämter sind zur Annahme und Fortschaffung der ihnen vorschriftsmäßig überlieferten Briefe und Sachen verbunden."

Wir sehen aus diesen Untersuchungen, daß der Kontrahierungszwang im alten deutschen Recht eine deutliche Ausprägung erhalten hat, wenngleich die Motive, die zu seiner Statuierung führten, nicht immer die gewesen sein mögen, einen Ausgleich zwischen Individual- und Sozialinteressen, wie es im § 1 gezeigt wurde, herbeizuführen, sondern auch oftmals Mittel der Obrigkeit, sich auf diese Weise eine erwünschte Vermehrung ihrer Einnahmen zu verschaffen; denn die Erteilung einer Konzession war z. B. mit Entrichtung von Geld- oder Naturralleistungen verknüpft.

Der Kontrahierungszwang im heutigen Recht.

I. Der allgemeine Kontrahierungszwang.

§ 5:

Der allgemeine Kontrahierungszwang aus öffentlich-rechtlichen Bestimmungen.

Wir haben gesehen, daß es sich bei dem durch den Kontrahierungszwang geschaffenen Rechtsverhältnis um einen privatrechtlichen Vertrag handeln muß. Es erhebt sich nun die Frage, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn öffentlich-rechtliche Momente in den durch den Kontrahierungszwang zu schaffenden Vertrag hineinspielen. Daß hierbei diejenigen Fälle, in denen Staat, Gemeinde oder sonstige öffentlich-rechtliche Organisationen mit Zwangs- und Befehlsgewalt dem Rechtssubjekt auf Grund eines Überordnungsverhältnisses entgegentreten, auszuscheiden haben, liegt auf der Hand und wurde bereits im § 2, 3 erwähnt. Fälle dieser Art bilden der Volksschulzwang, der Impfzwang, der Versicherungszwang bei der Sozialversicherung, der Heilungszwang auf Grund des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. 2. 1927.

Bereitet hier die Abgrenzung keine besonderen Schwierigkeiten, so wird die Rechtslage verwickelt, sobald Rechtsverhältnisse der öffentlichen Anstalten in Betracht kommen und zwar in den dem Kontrahierungszwang stark ähnelnden Formen des Benutzungs-

---

Bemerkung, daß es wohl eine solche Verpflichtung der Bürger gegeben haben muß.

12) Vgl. Wolcke, Postrecht, Seite 49 f.

und Zulassungszwanges, die ebenfalls auf Grund eines Rechtssatzes statuiert sind. Als Beispiel für den Benutzungszwang ist das Gesetz vom 18. 3. 1868 über die Benutzung der gemeindlichen Schlachthäuser zu nennen, nach dem zwar niemand gezwungen wird zu schlachten, aber wenn er schlachtet, so hat er die Verpflichtung, das betreffende Gemeindeschlachthaus zu benutzen[1]). Zulassungszwang, d. h. die Verpflichtung einer öffentlichen Anstalt, Gemeindeangehörige zur Benutzung zuzulassen, war bereits in vielen Fällen früher in Städteordnungen[2]) bestimmt und wird auch im § 8 des Preußischen Gemeindeverfassungsgesetzes vom 15. 12. 1933 ausgesprochen: „Die Gemeinde trifft die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Verwaltungseinrichtungen und stellt der örtlichen Gemeinschaft die erforderlichen öffentlichen und gemeinnützigen Anlagen und Anstalten zur Verfügung."

Nicht immer ist mit Sicherheit festzustellen, ob das zwischen einer solchen Anstalt und dem Benutzer entstehende Rechtsverhältnis als Vertrag zu behandeln oder unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu betrachten ist. Um zu einem Ergebnis zu kommen, muß man der Unterscheidung folgen, die in Praxis und Schrifttum danach vorgenommen wird, ob eine öffentliche Anstalt privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich betrieben wird[3]). Wann nun eine Anstalt mit öffentlich-rechtlicher Nutzungsordnung und wann sie mit privatrechtlicher Nutzungsordnung ausgestattet ist, wird in den meisten Fällen zu erkennen sein, so wird eine Gemeinde z. B. eine Schule nicht anders als rein öffentlich-rechtlich betreiben. Ist jedoch die Zuweisbarkeit zu dem einen oder dem anderen Rechtsgebiet zweifelhaft, wie es vor allem bei den Gemeindebetrieben zur Versorgung der Einwohner mit Gas, Wasser, Elektrizität der Fall ist, so kann mit Jellinek[4]) gesagt werden, daß von entscheidender Bedeutung „der ausgesprochene oder mutmaßliche Wille des Herrn der Anstalt ist."

Ist festgestellt, daß eine Anstalt rein öffentlich-rechtlich betrieben wird, so ist für den Kontrahierungszwang kein Raum. Hier wird er ersetzt durch den Zulassungszwang, auf Grund dessen dem Gemeindeangehörigen ein subjektiv-öffentliches Recht auf Anstaltsbenutzung zusteht[5]).

---

1) Daß hieraus umgekehrt ein Zulassungszwang für die Schlachthäuser folgt, bedarf keiner Erläuterung.

2) z. B. § 4 der Städteordnung für die Rheinprovinz vom 15. 5. 1856; § 6 Ziff. 2 der Prov.O. für die Provinz Ostpreußen, Grenzmark-Posen-Westpreußen usw. vom 29. 6. 1875; § 4 der Städteordnung für die 6 östlichen Provinzen vom 30. 5. 1853: „Alle Einwohner des Stadtbezirkes sind zur Mitbenutzung der öffentlichen Gemeindeanstalten der Stadt berechtigt."

3) Vgl. u. a. Jellinek, a.a.O., Seite 513 und Otto Mayer, a.a.O., S. 274.

4) a.a.O., Seite 513.

5) Nipperdey, Stromsperre, Seite 5: „Handelt es sich um eine Anstalt mit öffentlich-rechtlicher Nutzungsordnung, so besteht anerkanntermaßen ein

Hat man es aber mit einer öffentlichen Anstalt mit *privatrechtlicher Nutzungsordnung* zu tun, so erhebt sich das in diesem Zusammenhang zu erörternde Problem, ob eine solche Anstalt *ganz allgemein* einem Kontrahierungszwang unterliegt, oder ob es erst einer *besonderen gesetzlichen Grundlage*, z. B. einer Polizeiverordnung zu seiner Statuierung bedarf. Entspricht also in diesem Fall der Zulassungszwang dem Kontrahierungszwang?

Die in diesem Zusammenhang weniger interessierende Vorfrage, ob man von einer öffentlichen Anstalt überhaupt sprechen kann, wenn sie eine privatrechtliche Organisation aufweist, ist von der herrschenden Meinung bejaht worden[6]). Anders steht es jedoch mit der Frage, ob diese Anstalten einem allgemeinen Kontrahierungszwang unterliegen. Hiergegen sind beachtliche Stimmen laut geworden. Auch *Nipperdey* hat sich noch 1920[7]) dagegen ausgesprochen, in einer seiner letzten Arbeiten[8]) jedoch mit Recht seine Ansicht geändert. *Fleiner*[9]) führt hierzu bei Betrachtung des Verhältnisses des Bürgers zur öffentlichen Anstalt folgendes aus: „Es beruht nicht auf Vertrag, sondern auf der dem Einzelnen gemäß den Vorschriften des öffentlichen Rechts erteilten öffentlich-rechtlichen Gebraucherlaubnis. Hier treten nun die Vorteile der öffentlich-rechtlichen Regelung in helles Licht. Ist eine öffentliche Anstalt, die den Bürgern Nutzungen gewährt, ein gewerbliches Unternehmen, so besitzt der Herr dieser Anstalt (Staat oder Kommune) die Möglichkeit, frei zu bestimmen, mit welchen Personen er Verträge über die Benutzung der Anstalt abschließen will und unter welchen Umständen er sich die Kündigung vorbehält. Der Bürger, der die Anstalt benutzen will, ist genötigt, unter diesen Bedingungen den Vertrag abzuschließen. Beliebt es dem Eigentümer, die Nutzungen seiner Anstalt bestimmten Personen nicht zukommen zu lassen, so kann ihn niemand auch nicht die staatliche Aufsichtsbehörde, daran hindern, es wäre denn, daß ein gesetzlicher Kontrahierungszwang besteht. Alledem ist vorgebeugt, wenn das Verhältnis der Anstalt zu den

---

Zulassungszwang in dem Sinne, daß die Benutzung jedem Mitglied der die Anstalt betreibenden öffentlichen Körperschaft freistehen muß." Otto Mayer, a.a.O. II, Seite 277: „Ihre Bejahung, daß sie hier bestimmungsgemäß ihre Nutzungen zu gewähren haben wird, ist die Zulassung dazu."

6) Köttgen: „Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und des öffentlichen Rechts" 1928, Seite 143: „Der herrschende Anstaltsbegriff führt zur Anerkennung der öffentlichen Anstalt in Privatrechtsform." Hook: „Der Rechtscharakter der kommunalen Wasser-, Gas-, Elektrizitätswerke," 1930, Seite 3: „Es verträgt sich mit der Eigenschaft einer öffentlichen Anstalt sehr wohl, daß die Nutzungsordnung privatrechtlich ausgestaltet ist." a. A. Wyler: a.a.O., Seite 36.

7) Kontrahierungszwang, Seite 26 ff.

8) Stromsperre, Zulassungszwang, Monopolmißbrauch, Seite 15.

9) a.a.O., Seite 336.

10) a.a.O., II, Seite 279 f.

11) a.a.O., Seite 14.

Benutzern Vorschriften des objektiven Rechts unterstellt wird, welche für alle Benutzer gleiche Zulassung und gleiche Benutzungsbedingungen (gleiche Gebühren usw.) schaffen. Der Gedanke der öffentlichen Fürsorge findet deshalb nur in der öffentlich-rechtlichen Form seine volle Verwirklichung." Ähnlich drückt es Otto Mayer[10]) aus: „Für die Beteiligten ist es eine sehr wichtige Sache, ob sie auf die Leistungen der öffentlich-rechtlichen Anstalt rechnen können oder nicht. In dieser Hinsicht würde die Freiheit des gewerblichen Unternehmers sie völlig im Stich lassen. Bei den öffentlichen Anstalten aber tritt hier zu ihren Gunsten eine feste Gebundenheit ein, wonach die Leistungen zu erfolgen haben. Es besteht ein subjektives öffentliches Recht auf Zulassung bei jedem, für den die Anstaltsnutzung unter Erfüllung jener allgemeinen Voraussetzungen in Anspruch genommen wird." Diesen Anschauungen ist, wie auch insbesondere Pabst[11]) feststellt, nicht zu folgen; denn gegen sie sprechen wesentliche Gründe. Wohl kann man Fleiner und Otto Mayer hinsichtlich solcher Betriebe Recht geben, die ausschließlich der Gewinnerzielung wegen errichtet worden sind[12]). Sinn und Zweck dieser Einrichtungen sind ja auch nicht auf Gemeinnützigkeit, die hier im Sinne des preußischen Gemeindeverfassungsgesetzes vom 15. 12. 1933 den Maßstab darstellt, gerichtet[13]). Richtig ist die Unterscheidung Stier-Somlos[14]): „Unter Gemeindeanstalten sind solche Veranstaltungen zu verstehen, die im öffentlichen Interesse geschaffen und unterhalten werden müssen, ohne Rücksicht auf Gewinn und Verlust, und ferner solche Anstalten, deren freier Gebrauch gemäß freiem Entschluß der Gemeinde ausdrücklich oder stillschweigend als Recht eingeräumt wird. Dagegen sind Gemeindebetriebe gewerbliche Unternehmungen (private Anstalten), deren Betrieb als solcher auf die Erzielung von Gewinn gerichtet ist." Zu tun haben wir es also nur mit solchen Anstalten mit privatrechtlicher Nutzungsordnung, die gemeinnützigen Zwecken dienen, oder die — wie Stier-Somlo, Nipperdey[15]) sagen — im öffentlichen Interesse errichtet sind.

Es will nun nicht einleuchten, warum eine Anstalt mit öffentlich-rechtlicher Nutzungsordnung, die ebenfalls diesen Zweck verfolgt, eine andere Behandlung erfahren soll als eine solche mit privatrechtlicher Nutzungsordnung. Beide dienen den Benutzern in gleicher Weise, ihre rechtliche Form ist vom Herrn der Anstalt noch dazu mehr oder weniger willkürlich gewählt[16]), die ratio also kann es

---

12) Oder wie Otto Mayer, a.a.O. II, Seite 272 selbst sagt, die von vornherein auf dem Boden des Privatrechtes stehen.

13) Um Anstalten handelt es sich hier überhaupt nicht. Es fallen hierunter (nach Laband, Staatsrecht, III, Seite 53): Porzellanfabriken, Land- und forstwirtschaftliche Betriebe, Tabakmanufaktur usw.

14) Handwörterbuch der Rechtswiss. II, Seite 675.

15) Stromsperre, Seite 12, 15.

16) Gleichviel, ob die Anstalt privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich gestaltet ist, beide dienen dem öffentlichen Interesse und man kann Fleiner, a.a.O.,

nicht zulassen, daß wohl bei der rein öffentlich-rechtlich organisierten Anstalt ein allgemeiner Zulassungszwang gegeben ist, bei der Anstalt mit privatrechtlicher Nutzungsordnung jedoch zwar kein Zulassungszwang, aber auch kein allgemeiner Kontrahierungszwang vorliegen soll; denn es ist doch, wie Pabst[17]) richtig feststellt, „daraus ohne weiteres die Schlußfolgerung zu ziehen, daß jeder öffentlichen Anstalt mit privatrechtlicher Nutzungsordnung gegenüber der einzelne Bürger machtlos sein würde." [18]) Die Tatsache, daß praktisch für sie durch den Gesetzgeber ein Kontrahierungszwang statuiert werden würde, spielt bei diesen Erörterungen keine Rolle. Festzustellen aber ist, daß in den Fällen, in denen die Rechtsordnung versäumt hat, einen Kontrahierungszwang für solche Anstalten zu errichten, ein allgemeiner Kontrahierungszwang aus dem Wesen der öffentlichen Anstalt folgt. „Ist sie der Allgemeinheit wegen eingerichtet, so hat sie ihr auch zu dienen und kann keinen ohne besonderen Anlaß vom Vertragsschluß ausschließen." [19])

Der klaren Formulierung Wimpfheimers[20]): „Der Kontrahierungszwang folgt aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter dieser Anstalten als Einrichtungen der öffentlichen Benutzung", ist also beizutreten.

Im § 2, 1 wurde bei der Begriffsbestimmung des Kontrahierungszwanges dargelegt, daß er ohne gesetzliche Grundlage nicht möglich ist. Man kann nun die Frage aufwerfen, ob der allgemeine Kontrahierungszwang, der aus dem Wesen der öffentlichen Anstalten folgt, über eine solche rechtliche Grundlage verfügt. Gewiß entspringt dieser Kontrahierungszwang schon wegen seines allgemeinen Charakters keiner ausdrücklichen Rechtsnorm, keiner Einzelbestimmung, ist aber in der Summe der Einzelnormen zu sehen, auf der die öffentliche Anstalt ihrer Einrichtung und ihrem Wesen nach fußt[21]).

Der Anspruch des Benutzers gegen die Anstalt aus diesem allgemeinen Kontrahierungszwang, den er gegebenenfalls im Verwaltungsstreitverfahren durchsetzen muß, geht selbstverständlich auf Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages; Ansprüche aus dem Vertrage gehören vor die ordentlichen Gerichte[22]).

Seite 120 folgen, wenn er feststellt, daß auch „mit Hilfe privatrechtlicher Gewalt die öffentliche Gewalt für das öffentliche Interesse sorgt, z. B. bei Gas-, Wasser-, Elektrizitätswerken, Sparkassen usw."

17) a.a.O., Seite 14.

18) Auch Hummel, a.a.O., Seite 83 anerkennt die Notwendigkeit einer gleichen Behandlung, lehnt aber einen Kontrahierungszwang für die privatrechtlich betriebenen Anstalten ohne Begründung ab.

19) Pabst, a.a.O., Seite 19.

20) Kartell-Rundschau, a.a.O., Seite 23; gleicher Ansicht Nipperdey, Stromsperre, Seite 2—18.

21) Bemerkt muß in diesem Zusammenhang werden, daß sich das Reichsgericht für einen allgemeinen Kontrahierungszwang für solche Anstalten noch nicht ausgesprochen hat.

22) Vgl. darüber die §§ 11, 12.

§ 6:

Der allgemeine Kontrahierungszwang aus dem Privatrecht[1]).

1. In zahllosen Fällen des Güteraustausches und der Wertbewegung ist es der Rechtsordnung nicht möglich, bei einem Zusammentreffen von Sozial- und Individualinteressen Bestimmungen zu schaffen, die den gewünschten Ausgleich herbeizuführen in der Lage wären. Dies liegt vorwiegend in den Fällen vor, in denen eine Wirtschaftsgruppe, ein Berufszweig oder eine sonstwie am Güterumsatz beteiligte Stelle eine monopolartige, d. h. eine ganz oder teilweise wettbewerbsfreie Stellung erlangt hat. Man braucht hier nicht nur an große Konzerne, Trusts oder Syndikate zu denken, sondern in kleinster örtliche Gemeinschaft kann dieser Fall eintreten, z. B. wenn es in einem vom Verkehr abgeschnittenen Dorf nur einen Lebensmittelhändler oder dergleichen gibt. Hierbei wird es in seltenen Fällen möglich sein, einen besonderen, nur für diesen Fall geltenden Kontrahierungszwang rechtlich zu statuieren. Es taucht daher die Frage auf, ob das geltende Privatrecht Normen für diejenigen Fälle gibt, in denen dem Verbraucher gegenüber überragender wirtschaftlicher Übermacht wirksamer Schutz gewährt wird, ohne daß man erst — wie Jung[2]) sagt — die Gesetzgebungsmaschine in Bewegung zu bringen braucht. Eindeutig ist die Rechtslage bei dem sogenannten rechtlichen Monopol[3]), das nach Biermann[4]) immer dann vorliegt, „wenn jemand ausschließlich berechtigt ist, in einem gewissen Bezirk ein Gewerbe zu betreiben, sodaß alle anderen kraft Rechtssatzes ausgeschlossen sind". Hier wird — wie wir auch später bei Behandlung des besonderen Kontrahierungszwanges sehen werden — fast gleichzeitig mit der Statuierung des Monopols der Kontrahierungszwang geschaffen (z. B. Post, Eisenbahn). Allgemeine Bestimmungen nun, die aber beim Vorliegen eines nur tatsächlichen Monopols einen Zwang zum Vertragsabschluß gebieten, kennt unser Privatrecht nicht. Es wurde infolgedessen oftmals versucht, von den verschiedensten Gesichtspunkten aus einen solchen allgemeinen Kontrahierungszwang zu konstruieren. Überwiegend blieben aber die verschiedenen Wege, die zu einem solchen Ergebnis führten, nichts als dem Aufbau unseres Rechtes fremde Konstruktionen. So hat man versucht[5]), bestimmte gesetzlich statuierte Fälle, z. B. den Kontrahierungszwang, der für Eisenbahnen gemäß § 453 HGB errichtet ist, auf monopolistische Unter-

---

1) Vgl. zu diesem Abschnitt besonders Jung a.a.O., Sp. 178 ff.

2) a.a.O., Sp. 179.

3) Der Begriff Monopol ist ein volkswirtschaftlicher, kein juristischer. Darum ist die Unterscheidung zwischen tatsächlichem und rechtlichem Monopol lediglich als juristische Trennung aufzufassen.

4) a.a.O., Seite 280. Diese Begriffsbestimmung wird auch heute noch allgemein anerkannt, wenngleich auch die Einengung auf nur gewerbliche Tätigkeit unrichtig ist.

5) Insbesondere Wimpfheimer, a.a.O., Seite 25, 26.

nehmungen ganz allgemein auszudehnen, also aus Einzelfällen durch Rechtsanalogie einen allgemeinen Satz dahingehend abzuleiten, daß jeder Monopolstellung der Kontrahierungszwang charakteristisch ist. Grundsätzlich ist zwar der Analogieschluß anerkannt und gegen seine Anwendung ist nicht das Mindeste anzuführen, jedoch muß er versagen, wenn Rechtssätze in Frage kommen, die regelwidrig sind und daher Ausnahmen von allgemeinen Rechtsgrundsätzen darstellen, wie es bei dem gesetzlich statuierten Kontrahierungszwang hinsichtlich des Grundsatzes der Vertragsfreiheit der Fall ist. Das Reichsgericht hat dies bereits früher deutlich ausgesprochen[6]): „Ausnahmevorschriften dürfen nach den Grundsätzen über Gesetzes- und Rechtsanalogie nicht auf ein anderes, anscheinend gleichgestaltetes Sachverhältnis ausgedehnt werden." Und: „Eine analoge Anwendung eines Rechtssatzes erscheint dann nicht als zulässig, wenn eine solche Ausdehnung seinem Wesen als Sonderbestimmung nicht entspricht." [7])

Daß auch die von Fürst [8]) vertretene Ansicht, wonach kraft Gewohnheitsrecht für gewisse Betriebe ein Kontrahierungszwang bestehe, nämlich für die, „die nach ihrem Wesen auf eine Vielheit von Gegenkontrahenten angewiesen sind, die ihre Einrichtungen entweder gleichzeitig oder nacheinander zu nicht individuell zu gestaltender, sondern schematisch gleichförmiger Benutzung, für die im wesentlichen eine Barvergütung geleistet wird, beanspruchen müsse", nicht haltbar ist, weil ein Beweis für das Vorhandensein eines derartigen Gewohnheitsrechtes nicht erbracht ist, hat mit Recht bereits Nipperdey [9]) hingewiesen.

Da ein Gebot der Rechtsordnung zu einem allgemeinen Vertragsabschluß in den hier zu behandelnden Fällen nicht gegeben und eine entsprechende Anwendung von Einzelbestimmungen, die den Kontrahierungszwang verfügen, nicht möglich ist, fragt es sich, ob wenigstens eine Norm in unserem bürgerlichen Recht vorhanden ist, die ein Nichtkontrahieren unter bestimmten Umständen in Beschränkung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit für unzulässig erachtet. Bei der hier in Betracht kommenden Bestimmung kann es sich nur um eine Verbotsnorm handeln. Diese allgemeine Norm stellt sich in Form des § 826 BGB dar: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet". Nun ist zuzugeben, daß aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht unmittelbar ein Kontrahierungszwang für Monopol- und monopolartige Betriebe folgt, schon weil der Wortlaut des Gesetzes auf Schadensersatz, also von der Vergütung eines eingetretenen,

6) RGZ 47, 360; 65, 176.
7) Vgl. auch Niessen, Die privatrechtliche Stellung der Elektrizität, 1925, Seite 40, 41.
8) a.a.O., Sp. 183.
9) Stromsperre, Seite 24.

nicht aber auf die Verhütung eines drohenden Schadens hindeutet[10]). Daß sich trotzdem eine solche Rechtslage daraus ergibt, bedarf näherer Begründung:

Die Schadenszufügung besteht in unserem Falle in einem Nichtkontrahieren[11]); dadurch, daß der Lebensmittelhändler in dem abgeschnittenen Dorf oder das Elektrizitätswerk mit dem Verbraucher keinen Vertrag abschließen, entsteht ein Schaden. Gleichgültig ist es dabei, ob der Schaden unmittelbar oder mittelbar herbeigeführt worden ist[12]). Die Verweigerung des Vertragsabschlusses ist rechtlich als Unterlassen aufzufassen. Unbestritten ist, daß der Tatbestand der unerlaubten Handlung gemäß § 826 BGB auch durch ein Unterlassen verwirklicht werden kann[13]). Unterlassen im Sinne des Gesetzes ist aber nur dann von Bedeutung, wenn es rechtswidrig ist; rechtswidrig ist es, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestand. So besteht z. B. eine solche Rechtspflicht für den Weichensteller, der es unterläßt, die Weiche zu stellen und dadurch ein Verkehrsunglück herbeiführt. Diese Rechtspflicht kann gesetzlich oder vertraglich begründet sein; im Sinne des § 826 BGB besteht aber auch eine Rechtspflicht zum Handeln dann, wenn ein Unterlassen gegen die guten Sitten verstoßen und - auf unseren Fall übertragen — dem den Vertragsschluß Begehrenden durch die unsittliche Ablehnung ein Schaden erwachsen würde. Daraus folgt umgekehrt, daß die Rechtsordnung demjenigen, der einer Verpflichtung zum Unterlassen unterliegt, eine Pflicht zum Handeln auferlegt oder, wie Nipperdey[14]) es ausdrückt, „wenn durch das Nichtkontrahieren in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zugefügt werden würde, dann besteht eine Rechtspflicht zur Schadensverhütung durch Kontrahieren, ein Kontrahierungszwang. Nur unter dem Gesichtspunkt der Schadensverhütung statuiert ihn im sozialen Interesse die Rechtsordnung."

Hier erhebt sich nun die Frage, ob in einem solchen Nichtkontrahieren, das zur Schädigung des Verbrauchers führt, eine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB. zu sehen ist. Zweifellos kann hier auch nur das Vorliegen ganz bestimmter Tatbestände als sittenwidrig angesprochen werden; denn gerade Begriffe wie Sitte, Moral, Anstand werden, sofern sie zur Beurteilung eines Falles überhaupt herangezogen werden dürfen, oft genug wegen der Schwierigkeit, sie juristisch zu bestimmen und tatbestandsmäßig zu

10) Aus diesem Grunde wird auch von Planck a.a.O. Vorbem. 4 zu § 145 der Kontrahierungszwang aus § 826 falsch begründet; er will die Pflicht zum Vertragsabschluß aus den §§ 249, 250 BGB, dem Schadensersatzanspruch, herleiten. Vgl. darüber besonders § 12.

11) Oder wie Nipperdey im Anschluß an Krückmann (Der Boykott im Lohnkampf 1917, Seite 4 ff.) treffend formuliert, „in der Abkehr von einem Rechtsgenossen."

12) Enneccerus, I, 2, § 453 II, 1.

13) Vgl. Enneccerus, I, 2 § 453 II, 1 und die in Anm. 4 angegebene Literatur.

14) Kontrahierungszwang, Seite 57, 58.

erfassen, dazu benutzt, einer allzu nachgiebigen und unterschiedlichen Rechtsprechung das Wort zu reden. Zunächst darf die Begriffsbestimmung dessen, was unsittlich ist, nicht so weit gehen, daß jeder, der eine ihm unbequeme Vertragsablehnung erfährt und größere Opfer an Geld und Zeit infolge dieser Ablehnung aufwenden muß, sich darauf berufen kann, die Unbequemlichkeiten und Opfer beruhten auf einer unsittlichen Handlungsweise des anderen Teiles. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der nun einmal — mag man es begrüßen oder bedauern — heute noch das gesamte bürgerliche Recht beherrscht, muß dem Juristen unantastbar sein, es sei denn, es liegen zwingende Rechtsgründe für seine Durchbrechung vor. Vor allem aber muß er sich davon hüten, zu einer gefühlsmäßigen Entscheidung zu kommen. Auch im heutigen Staat muß jeder selbst seine Interessen wahrnehmen und mit Recht schreibt Nipperdey[15]): „Wer den gewünschten Güteraustausch auf dem einen Wege nicht erlangen kann, muß einen anderen beschreiten; die Güterbewegung soll sich normalerweise von selbst im freien Spiel der Kräfte regeln." Trotz alledem wird jedoch der Jurist den Begriff der Sittenwidrigkeit nach den jeweiligen Anschauungen über Sittlichkeit und Moral abwandeln dürfen; denn dieser Begriff ist seiner Natur nach ja nichts Feststehendes und eigentlich das Einzige, was die Verbindung eines Rechtes, das vor einer oder mehr Generationen geschaffen wurde, mit der Gegenwart herstellt. Das Reichsgericht sagt in einer Entscheidung[16]), das sittenwidrig ist, „was dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht". Diese Formulierung ist von verschiedenen Seiten angegriffen worden, weil sie den Anschein erweckt, als stelle das Reichsgericht die Begriffsbestimmung auf äußere Anstandsregeln ab. Richtig bemerkt jedoch Hergt[17]), daß zahlreiche Entscheidungen des Reichsgerichtes erkennen lassen, daß es doch die Rechtsmoral des Volkes als ausschlaggebend in Betracht gezogen hat[18]). Da die Rechtsmoral eines Volkes vorwiegend von den zur Zeit lebenden Mitgliedern dieses Volkes bestimmt und gestaltet wird, die Rechtsmoral je nach Zeitströmungen und Anschauungen verschieden ist und der Maßstab für ein sittliches und unsittliches Verhalten in allen Fällen nur ein verhältnismäßig grober sein kann, ist Nipperdey vollauf beizupflichten, wenn er sagt: „Ein Verstoß gegen die guten Sitten im Rechtssinne ist die Nichterfüllung der sittlichen Mindestforderungen, die die heute geübte Moral des deutschen Volkes für das Handeln des Rechtsgenossen aufstellt." [19]) Hat nun jemand eine tatsächliche Monopolstellung erlangt, so ist zu prüfen, wann, unter welchen Umständen und zu welchen Bedingungen er zum Kontrahieren verpflichtet ist, d. h.

15) Kontrahierungszwang, Seite 64.
16) RGZ. 48, 124 ff.
17) a.a.O., Seite 56, 57.
18) Vgl. die Aufstellung von Enneccerus, a.a.O. I,2 § 453 Anm. 10.
19) Stromsperre, Seite 29.

in welchen Fällen für ihn ein Nichtkontrahieren sittenwidrig sein und zu einer Rechtspflicht zum Vertragsabschluß, zum Kontrahierungszwang führen würde. Da, wie wir gesehen haben, das Prinzip der Vertragsfreiheit auch bei einer solchen Monopolstellung grundsätzlich unangetastet bleibt, können nur schwerwiegende Umstände zu seiner Durchbrechung führen. Voraussetzung ist, daß die tatsächliche Stellung des Monopolinhabers eine solche ist, daß der Verbraucher oder besser, der durch den Kontrahierungszwang zu Begünstigende ausschließlich auf den anderen Teil angewiesen ist, d. h. ein anderer Weg zur Güterbeschaffung, Dienstleistung usw. nicht vorhanden oder wenigstens doch derartig erschwert ist, daß er ohne unverhältnismäßig große Opfer nicht beschritten werden kann[20]). Recht schwierig gestaltet sich allein schon die Feststellung, wann im einzelnen Fall solch ein, wie ich es nennen möchte, absolutes Abhängigkeitsverhältnis vorliegt. Das Reichsgericht[21]) stellt z. B. in einem Fall, in dem verschiedene Verbraucher Elektrizität aus einem Privatwerk bezogen hatten und sich später die Städtischen Gaswerke, die mit Gewinnabsicht vollständig privatrechtlich betrieben worden, weigerten, diese Leute zu beliefern, fest, daß eine solche Abkehr nicht sittenwidrig ist, weil „das Leuchtgas durch die den Beziehern zu Gebote stehende Elektrizität und das Gas zu Heizzwecken leicht und ohne erhebliche Mehraufwendungen durch andere Heizmittel ersetzt werden kann." Bei der Prüfung der Ersetzbarkeit eines Gutes durch ein anderes, eine der Hauptfragen aus dem Gebiete, darf aber auf keinen Fall nur nach äußerlichen Gesichtspunkten vorgegangen werden; denn schließlich ist nahezu jedes Gut ersetzbar. Es gilt hierbei vor allem auch den zivilisatorischen Fortschritt eines Volkes in Rechnung zu stellen und es kann beispielsweise heute von einem Elektrizitätswerk nicht der Vertragsabschluß verweigert werden, weil die Elektrizität zu Leuchtzwecken etwa durch Petroleumlampe oder durch Kienspan ersetzt werden kann. Darum ist N i p p e r d e y[22]) Recht zu geben, wenn er schreibt: „Bei der Wertung der Bedürfnisse und der Mittel zur Befriedigung dieser Bedürfnisse sind wirtschaftliche, kulturelle und hygienische Umstände zu berücksichtigen ... Ob ein Ersatzstoff das Monopol ausschließt, ist also nur nach dem Stande der allgemeinen Lebenshaltung und den entsprechenden Anforderungen zu bestimmen." Ferner muß darauf

20) Vgl. RGZ. 128, 91: „Im Wirtschaftskampf kann es niemand verwehrt werden, seine eigenen Belange auch dann zu verfolgen, wenn dadurch ein anderer geschädigt wird. Gegen die guten Sitten verstößt ein solches Vorgehen nur beim Hinzutritt besonderer Umstände, insbesondere, wenn unlautere Mittel angewendet werden oder das Verhalten die wirtschaftliche Vernichtung des anderen zur Folge hat oder doch eine übermäßige wirtschaftliche Schädigung, die in keinem Verhältnis zum Vorteil des Schädigers steht, oder eine übermäßige Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit."

21) Im „Recht" 1909, 1304.

22) Stromsperre, Seite 31.

Rücksicht genommen werden, daß durch die Abkehr keine unverhältnismäßigen Opfer seitens des Verbrauchers hervorgerufen werden. Verkehrt z. B. zwischen zwei einsamen Dörfern ein Fahrzeug zur Personen- oder Güterbeförderung, so kann die Weigerung, mit einem Dorfangehörigen einen Beförderungsvertrag abzuschließen, nicht darauf gestützt werden, der Betreffende könne sich ja leicht in der nächsten Stadt ein anderes Fuhrwerk oder ein Auto kaufen. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß der Monopolinhaber auch zu erträglichen Bedingungen zu kontrahieren verpflichtet ist; er kann z. B. dem einen Rechtsgenossen nicht unangemessene Bedingungen stellen, weil er ihn etwa verklagt hat oder ihm unsympathisch ist oder dergleichen. Auch das wird von der Rechtsmoral als unsittlich abgelehnt. Daß sich im übrigen der Vertragsinhalt in ganz bestimmten Grenzen halten muß, ergibt sich aus dem Wesen des Kontrahierungszwanges (vgl. § 2, 4). Die Grenzen ergeben sich hier aus allgemeinen Anschauungen und vor allem auch aus der Verkehrssitte[23]).

Haben wir es also nun mit einem solchen absoluten Abhängigkeitsverhältnis zu tun, dann muß der Monopolinhaber grundsätzlich kontrahieren, weil ein Nichtkontrahieren unsittlich sein würde. Zwei Ausnahmen von diesem Grundsatz sind jedoch vorhanden: Auch bei einem tatsächlichen Monopol ist die Abkehr von einem Rechtsgenossen durch Nichtkontrahieren nicht sittenwidrig, wenn sie entweder aus einem triftigen Grunde erfolgt oder wenn ein Kontrahieren dem Monopolinhaber nicht zumutbar ist. Der Rechtsmoral widerstrebt es, einen Zwang zum Vertragsabschluß zu statuieren, wenn die Weigerung zum Vertragsabschluß auf einem guten Grunde beruht, wenn — um mit Nipperdey[24]) zu sprechen — die Abkehr "ex iusta causa" erfolgt oder „sachlich motiviert" ist. Ein solcher Fall würde z. B. dann vorliegen, wenn sich das einzige Theater einer Stadt weigert, einem Kritiker, der verschiedene Aufführungen in unsachlicher, höhnischer und niederziehender Weise in der örtlichen Zeitung behandelt hat, den Zutritt zu den Vorstellungen zu gestatten[25]). Ein gutes Beispiel für die Verweigerung des Vertragsabschlusses wegen Nichtzumutbarkeit gibt Hergt[26]). Vergrößert sich, so sagt er, plötzlich die Bevölkerung eines kleinen abgelegenen Ortes infolge eines Diamantenfundes in der Umgebung, so braucht der einzige Bäcker dieses Ortes nicht die Belieferung der hinzugekommenen mehreren hundert Personen zu übernehmen. Hier müßte

23) Vgl. RGZ. 133, 391: „In der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist anerkannt, daß der Mißbrauch einer Monopolstellung, insbesondere die Weigerung eines Unternehmers zu den allgemeinen und angemessenen Bedingungen Verträge abzuschließen, eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung desselben darstellt."
24) Kontrahierungszwang, Seite 65; Stromsperre, Seite 37 f.
25) Vgl. dazu RGZ. 133, 390.
26) a.a.O., Seite 57.
26) a.a.O., Seite 57.

er — um an Stelle Hergts zu folgern — seinen Betrieb vergrößern, was ihm nicht zuzumuten ist.

Schließlich fragt es sich, inwiefern ein Nichtkontrahieren, das in unserem Fall den Tatbestand einer unerlaubten Handlung darstellt, vorsätzlich begangen sein muß. Das Schrifttum darüber ist groß. Hier genügt die Feststellung, daß Einhelligkeit darüber herrscht, daß eine Absicht der Schädigung seitens des Monopolinhabers nicht vorzuliegen braucht, wenn er nur das Bewußtsein hat, durch seine Weigerung zum Kontrahieren könne dem Betroffenen möglicherweise ein Schaden entstehen. Der Vorsatz muß sich vor allem nicht auf die Sittenwidrigkeit beziehen, sondern es reicht aus, wenn das Nichtkontrahieren rein objektiv sittenwidrig ist[27]). Der allgemeine Kontrahierungszwang aus § 826 BGB. bezweckt die Verhütung eines drohenden Schadens; aus diesem Grunde ist es erforderlich, die objektive Sittenwidrigkeit bei der Vorbeugung weiteren Schadens genügen zu lassen[28]). Darauf, daß das Verschulden nur für die Rechtsfolge des Schadensersatzes, die hier nicht zur Erörterung steht, Voraussetzung ist, hat bereits richtig Nipperdey hingewiesen[29]).

Aus allem ergibt sich folgende Definition des allgemeinen Kontrahierungszwanges aus § 826 BGB.:

> Hat jemand eine tatsächliche Monopolstellung inne, so ist er gemäß § 826 BGB verpflichtet, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände eine Verweigerung des Vertragsschlusses als unsittliche Schädigung erscheinen würde, mit allen von dieser Monopolstellung absolut Abhängigen unter erträglichen Bedingungen zu kontrahieren, es sei denn, daß ihn entweder ein triftiger Grund zum Nichtkontrahieren berechtigt oder ihm ein Kontrahieren überhaupt oder in der üblichen Weise nicht zugemutet werden kann[30]).

2. Dieser allgemeine Kontrahierungszwang aus § 826 BGB, so wie er hier dargestellt wurde, entspricht im wesentlichen der herrschenden Lehre[31]). Wenngleich auch das Reichsgericht einen ganz eindeutigen Standpunkt hierzu noch nicht eingenommen hat, so geht doch aus zahlreichen Entscheidungen hervor, daß es die hier in Frage kommenden Fälle unter ähnlichen Gesichtspunkten betrachtet wissen will. Wenn es zwar in einer neueren Entscheidung (RGZ. 133, 391) sagt, daß „ein allgemeiner Satz des Inhaltes, daß Unternehmer in Monopolstellungen einem Abschlußzwang unterliegen, nicht aufzustellen ist, weil es schon dem Grundsatz der Vertragsfrei-

---

27) So die h. M. Vgl. RGZ. 79, 117; Nipperdey, Kontrahierungszwang, Seite 67; Pabst, a.a.O., Seite 23.

28) RGZ. 60,7.

29) Kontrahierungszwang, Seite 67.

30) Eine solche Definition des allgemeinen Kontrahierungszwanges ist m. W. bisher noch nirgends versucht, erscheint aber im Hinblick auf die große praktische Bedeutung dieses Rechtsinstitutes als notwendig.

31) Neben den oben genannten vgl. Jung, a.a.O., Sp. 178; Staub zu § 346 Anh. Anm. 35; Mertens, a.a.O., Seite 9 ff.

heit widersprechen würde", so verschließt es sich trotzdem damit nicht der hier vertretenen Auffassung; denn ein solch allgemeiner Satz wird auch hier nicht aufgestellt. Die beste Fassung ist in der Entscheidung RGZ 62, 266 getroffen worden: „Wo der einzelne ein ihm tatsächlich zustehendes Monopol oder den Ausschluß einer Konkurrenzmöglichkeit dazu mißbraucht, dem allgemeinen Verkehr unbillige, unverhältnismäßige Opfer aufzuerlegen, unbillige, unverhältnismäßige Bedingungen vorzuschreiben, da können dieselben rechtliche Anerkennung nicht finden. Dieser allgemeine Grundsatz, welchen das Reichsgericht wiederholt zur Geltung gebracht hat, trifft insbesondere dann zu, wenn dem Publikum die anderweitige Wahrung seiner Interessen nicht möglich und dasselbe daher gezwungen ist, sich den gestellten Bedingungen zu unterwerfen." [32]) Ganz deutlich aber unter Bezugnahme auf § 826 BGB RGZ 133, 392: „Eine Schranke für die Ausübung der grundsätzlich bestehenden Vertragsfreiheit ist durch die Vorschrift des § 826 BGB gesetzt." Aus all diesem folgt, daß das Reichsgericht gegen die Annahme eines allgemeinen Kontrahierungszwanges, wie er vorstehend gekennzeichnet und definiert worden ist, wohl nichts einzuwenden hat; denn für eine uferlose Anwendung des § 826 BGB, sicherlich eine der Hauptbefürchtungen, die das Reichsgericht veranlaßt hat, den allgemeinen Kontrahierungszwang so vorsichtig zu behandeln, ist bei der hier vertretenen Auffassung kein Raum. Wenn also Oertmann [33]) und im Ergebnis auch Böhmer [34]), ebenfalls von diesen Befürchtungen geleitet, sogar zu einer Ablehnung des Kontrahierungszwanges aus § 826 BGB kommen, so muß dem aus rechtlichen und praktischen Gründen entgegengetreten werden. Der § 826 BGB ist, um mit Oertmann zu sprechen, in der Tat „ein wohltätige Vorschrift" und es ist nicht einzusehen, warum ein Rechtssubjekt mit Hilfe dieser Norm einen ihm drohenden Schaden abzuwenden nicht in der Lage sein soll[35]) [36]). Als beachtenswert sei hier noch die Entscheidung des

32) Ähnlich RG in JW 1926, 562; RGZ 48, 127; 79, 229; 99, 109; 115, 258.
33) a.a.O., Anm. 6 zu § 826: „Es muß bemerkt werden, daß die an sich wohltätige Vorschrift des § 826 durch die über jedes Maß und Ziel hinausgehende Ausdehnung, die ihr bisweilen (er meint damit die Nipperdey'schen Ausführungen über den Kontrahierungszwang aus § 826) zu geben versucht wird, ernste Gefahren für die Sicherheit der Rechtsanwendung heraufbeschwören kann."
34) a.a.O., Seite 216 wird dieser Kontrahierungszwang als „gefährlicher Einbruch in die Vertragsfreiheit" bezeichnet.
35) Eine Sonderstellung nimmt bei dieser Frage Hummel, a.a.O., S. 130 ein, der zwar die Möglichkeit eines allgemeinen Kontrahierungszwanges aus § 826 BGB als gegeben sieht, aber wegen der Unbestimmbarkeit des Begriffs der guten Sitten lieber keinen Gebrauch davon gemacht sehen möchte. Die Gefahr, daß „bei einzelnen Rechtsgütern die billig und gerecht Denkenden schon bei kleinen Schädigungen Verstöße gegen die guten Sitten annehmen könnten," scheint nach dem oben Ausgeführten durch eine scharfe Begriffsbestimmung der guten Sitten gebannt.
36) Für viel zu weit gehend halte ich die Ansicht von Fürst (a.a.O., Sp. 184), der ganz generell ohne Einschränkung einen Kontrahierungszwang für

OLG Frankfurt[37]) angeführt: Der diesen Bestimmungen (des gesetzlichen Kontrahierungszwanges aus § 453 HGB usw.) zu Grunde liegende Rechtsgedanke muß dazu führen, auch wo in den Fällen eines tatsächlichen Monopols ein Kontrahierungszwang nicht besteht die Eingehung von Verträgen und die Gestaltung des Vertragsverhältnisses dann als dem Belieben des Unternehmers als entzogen anzusehen, wenn das Monopol einer öffentlichen Zweckbestimmung dient."

II. Der besondere Kontrahierungszwang.

§ 7:

Die Rechtsgrundlagen des besonderen Kontrahierungszwanges.

Dem allgemeinen Kontrahierungszwang steht der besondere Kontrahierungszwang gegenüber. Er ergibt sich nicht aus allgemeinen Rechtsnormen, sondern ist für die verschiedensten Einzelfälle auf Grund bestimmter rechtlicher Vorschriften statuiert worden. In Hinblick auf die weite Ausdehnung, die der allgemeine Kontrahierungszwang heute genommen hat, erscheint der größte Teil dieser kasuistischen Regelung als überflüssig; denn nach der heutigen Auslegung können viele solcher Einzelbestimmungen ohne weiteres durch die Vorschriften über den allgemeinen Kontrahierungszwang ersetzt werden. Würde man sie aber infolgedessen nicht oder nur oberflächlich behandeln, so beginge man einen schweren Fehler. Das Primäre sind und bleiben diese kasuistischen Einzelregelungen. Die Statuierung eines allgemeinen Kontrahierungszwanges für bestimmte Anstalten, Monopole oder dergleichen wurde ja — wie wir sahen — erst dann notwendig, als es an den konkreten Einzelbestimmungen fehlte, sei es, weil man sie einfach vergessen hatte, wie bei verschiedenen öffentlichen Anstalten, sei es, weil man wegen der Vielfältigkeit ihres Auftretens, wie bei gewissen tatsächlichen Monopolstellungen eine Einzelregelung gar nicht treffen konnte. Man würde dem Geiste unsere Rechtsordnung, deren oberster Grundsatz die Vertragsfreiheit ist, nicht Rechnung tragen, wollte man die Anwendung beispielsweise des § 826 BGB derartig aufblähen, daß von diesem Grundsatz nichts mehr übrig bliebe. Bei Behandlung des allgemeinen Kontrahierungszwanges wurde daher auch immer auf seine ausgleichende Funktion hingewiesen, die nur mangels anderer konkreter Bestimmungen einsetzen darf.

Badeanstalten, Theater- und Konzertunternehmungen, Transportunternehmungen, Transportanstalten und dergleichen als gegeben betrachtet.

37) JW. 1920, 449, 450.

Anläßlich der Begriffsbestimmung des Kontrahierungszwanges wurde bereits gezeigt, daß es eine Fülle von solchen Einzelbestimmungen gibt und es manchmal schwer ist, bei den verschiedenen staatsrechtlichen Erscheinungsformen zu erkennen, wann wir es mit einem Kontrahierungszwang zu tun haben. Es ist daher zweckmäßig, vor einer Betrachtung besonders charakteristischer Einzelfälle zu untersuchen, in welchen Formen der Kontrahierungszwang überhaupt hierbei auftreten kann[1]).

Nicht näher zu erläutern sind die Fälle, in denen der Kontrahierungszwang auf einem Gesetz[2]) oder auf Grund einer Delegation der gesetzgebenden Gewalt auf Verwaltungsbehörden auf einer Rechtsverordnung[3]) beruht. Kraft Subdelegation dieser Verwaltungsbehörden z. B. auf Polizeibehörden können ferner Polizeiverordnungen und Polizeiverfügungen Rechtsgrundlage eines Kontrahierungszwanges sein[4]). Als weitere Rechtsquellen kommen autonome Satzungen der von der Rechtsordnung mit dieser Befugnis ausgestatteten Verbände in Frage[5]). Auch die sogenannten rechtsetzenden Vereinbarungen Privater sind als Rechtsgrundlagen anzuerkennen; denn sie enthalten objektives Recht[6]). Schließlich kann auch das Gewohnheitsrecht in Frage kommen, wobei jedoch Nipperdey[7]) darauf hingewiesen hat, daß höchstens altes, von der heutigen Rechtsordnung übernommenes Gewohnheitsrecht in Betracht kommen könne; „denn die Ausbildung eines gegenüber gesetzlich ausdrücklich oder stillschweigend sanktionierten Freiheiten eingreifenden Zwangs, also eines Ausnahmezustandes contra legem ist fast ausgeschlossen[8]).

1) Daß selbstverständlich auch der allgemeine Kontrahierungszwang aus dem öffentlichen und privaten Recht eine Rechtsgrundlage hat, wurde bereits gezeigt.
2) z. B. § 453 HGB für Eisenbahnen.
3) Vgl. die Rechtsverordnungen auf Grund des Ermächtigungsgesetzes des Jahres 1914 und der Jahre 1919 bis 1923. So spricht z. B. Art. VI des Notgesetzes vom 24. 2. 1923 (RGBl. I, S. 147) davon, daß die Reichsregierung zum Zwecke einer wirksamen Bekämpfung des Schleichhandels, der Preistreiberei, der verbotenen Ein- und Ausfuhr Verordnungen erlassen kann.
4) z. B. die Berliner Polizeiverordnung vom 20. 4. 1933, die einen Kontrahierungszwang für den Berliner Straßenbahn, Hoch- und Untergrundbahn-Verkehr errichtet. Zu Unrecht faßt Biermann, a.a.O., Seite 274, 275 Polizeiverordnungen und -Verfügungen nicht als Rechtsgrundlagen für den Kontrahierungszwang auf; denn er betrachtet fälschlich das Verhältnis zwischen Polizei und Privatpersonen privatrechtlich.
5) Z. B. Die auf Grund des § 11 Pr. Gem. Verf. Ges. von der Gemeinde erlassenen Satzungen.
6) z. B. aus dem früheren Arbeitsrecht Tarifverträge, Schiedssprüche.
7) Kontrahierungszwang, Seite 12.
8) Die Ansicht Molitors, a.a.O., Seite 16, daß „ein Vertragszwang durch Rechtsgeschäft begründet werden kann" ist unhaltbar. Vgl. § 2,2: Niemals darf der Zwang aus eigener Willensbindung folgen!

Diese Darstellung zeigt deutlich, wie unterschiedlich und vielfältig der Kontrahierungszwang geregelt sein kann und auch tatsächlich geregelt ist. Für uns kann es nur darauf ankommen, besonders typische Fälle herauszugreifen, um an ihnen den Kontrahierungszwang seinem Wesen nach zu erkennen. Die Auswahl jedoch nach der äußeren staatsrechtlichen Erscheinungsform, also danach zu treffen, ob das Zwangsgebot auf einem Gesetz oder einer Verordnung oder dergleichen beruht, erscheint als unzweckmäßig, da der innere Rechtsgrund für seine Errichtung dabei nicht zur Geltung kommt. Unwesentlich und auch garnicht möglich ist es, eine vollständige Darstellung der Regelung des Kontrahierungszwanges durch besondere gesetzliche Vorschriften zu geben; der folgende Teil soll lediglich an Hand von unter drei Gruppen zusammengefaßten Fällen des besonderen Kontrahierungszwanges charakteristische Beispiele aufzeigen.

§ 8:

Der besondere Kontrahierungszwang im Verkehrs- und Beförderungsrecht.

Nirgends äußert sich der Kontrahierungszwang deutlicher als auf dem Gebiete des allgemeinen Verkehrs. Wohl gerade deshalb, weil hier sich Monopolisierungsbestrebungen am frühesten geltend machten, um Leerlauf und damit Doppelaufwand nach Möglichkeit zu vermeiden und wegen der Tatsache, daß jeder Staat eifrig bemüht war und ist, die wichtigsten Verkehrsunternehmungen im Interesse einer gesunden Volkswirtschaft und aus sonstigen Gründen zu stärken, ist von jedem Staatswesen eine solche Monopolisierung nicht nur tatsächlich sanktioniert, sondern auch rechtlich anerkannt und begünstigt worden. Mit der Errichtung derartiger Monopole tauchte für die Allgemeinheit aber die Gefahr auf, und das gilt für alle rechtlichen Monopole, daß diese für den Verkehr unentbehrlichen Unternehmungen das Alleinrecht zur Beförderung oder sonstigen Dienstleistungen angesichts einer Rechtsordnung, die von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht wurde, dazu benutzten, gewissen Personen die Beförderung entweder überhaupt zu verweigern oder ihnen unbillige Bedingungen zu stellen. Im § 5 wurde bereits darauf hingewiesen, daß die Rechtsordnung in solchen Fällen die Verpflichtung hat, derartige Gefahren überragender Vormachtsstellungen gewisser Unternehmungen, die den einzelnen Rechtssubjekten drohten, wiederum durch Rechtsnormen zu deren Gunsten auszugleichen. Auf diese Weise ist für nahezu alle Verkehrsunternehmungen, gleichgültig ob sie von öffentlichen Anstalten privatrechtlich oder auf Grund öffentlicher Verleihung von Privaten betrieben werden, der Kontrahierungszwang als ausgleichendes

Moment verfügt worden[1]). Wie er sich nun im einzelnen gestaltet, sei in den folgenden Ausführungen, die wie gesagt nur Beispiele geben wollen, gezeigt.

1. Der Kontrahierungszwang für Eisenbahnen, dem auch heute noch wichtigsten Verkehrsmittel ist bereits — wenigstens für die Güterbeförderung, im alten HGB errichtet worden. Der durch den Bundestag nicht widerspruchslos angenommene Artikel 422 HGB bestimmt, daß die Eisenbahnen verpflichtet werden, mit dem Publikum bei nachgesuchter Eingehung Frachtgeschäfte für ihre Bahnstrecke abzuschließen, sobald den allgemeinen Bedingungen und Anordnungen der Eisenbahn Folge geleistet wird. Diese Vorschrift ist von dem geltenden HGB. im § 453 übernommen worden: „Eine dem öffentlichen Güterverkehr dienende Eisenbahn darf die Übernahme von Gütern zur Beförderung nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Sation innerhalb des Deutschen Reiches nicht verweigern, sofern ....." [2]). Da sich aber der 7. Abschnitt des dritten Buches des HGB nur mit der Güterbeförderung befaßt, mußte für die Personenbeförderung durch Haupt- und Nebenbahnen, die hier ausschließlich behandelt werden, eine ähnliche Bestimmung geschaffen werden; dies ist im § 3 der Eisenbahnverkehrsordnung geschehen, in der zwar nur ganz allgemein von einer Pflicht der Eisenbahnen zur Beförderung gesprochen wird, die sich aber auf Grund des Hinweises im § 472 HGB („Die Vorschriften über die Beförderung von Personen auf den Eisenbahnen werden durch die EVO. getroffen), also auch auf die Personenbeförderung bezieht[3]). Ähnliche Anordnungen werden durch Art. 2 des Eisenbahnpostgesetzes[4]) für die Beförderung von Postsendungen und den Artikeln 4 und 5 der Berner Vereinbarung vom 23. 10. 1924[5]) für die Beförderung von Personen und Gütern aus dem Gebiet eines Vertragsstaates in das eines anderen gegeben. Gemäß § 473 HGB wird auch für Kleinbahnen ein Kontrahierungszwang insoweit errichtet, als „sie die Übernahme von Gütern zur Beförderung auf ihren Bahnstrecken nicht verweigern dürfen."

Die größte Zahl der hier in Betracht kommenden privatrechtlichen Verträge sind werkvertragsähnlich; ihr Inhalt wird grundsätzlich im HGB und in der EVO in Verbindung mit den Tarifordnungen festgelegt.

1) Unrichtig Fürst, a.a.O., Sp. 183, der den Kontrahierungszwang für Transportanstalten als gegeben ansieht, „auch wenn keine Vorschrift besteht."
2) Güter, die die Eisenbahn nicht sofort zu befördern in der Lage ist, müssen gemäß § 453 Abs. 2 HGB, § 64 EVO vom 16. 5. 1928 auf Verlangen des Absenders von den Bahnverwaltungen in einstweilige Verwahrung genommen werden; es besteht daher für sie ein Zwang zum Abschluß von Verwahrungsverträgen.
3) Vgl. Dessau, a.a.O., Seite 19; Eger, Komm. z. EVO. III. Auflage zu § 3, Anm. 11.
4) vom 20. 12. 1875 (RGBl. I, Seite 318).
5) In Kraft getreten am 1. 10. 1928 RGBl. 1928, II, Seite 161.

2. Neben dem Eisenbahnwesen kommt als wichtigem Beförförderungsinstitut der P o st besondere Bedeutung zu. Auch die Post ist schon früh monopolisiert worden und hat einem Kontrahierungszwang unterlegen. (Vgl. § 4). Durch § 1 des Postgesetzes vom 28. 10. 1871 ist die Reichspost als rechtliches Monopol des Deutschen Reiches errichtet worden; d. h. allein sie ist berechtigt, bestimmte Postgeschäfte zu betreiben. Der Kontrahierungszwang ist für sie im Postgesetz und in de rPostordnung in der Fassung vom 30. 1. 1929[6]) niedergelegt worden[7]). § 3 des Postgesetzes bestimmt: „Die Annahme und Beförderung von Postsendungen darf von der Post nicht verweigert werden, sofern die Bestimmungen dieses Gesetzes und des Reglements (d. h. der Postordnung) beobachtet werden." Für die Beförderung von Personen (hier kommen die sogenannten Kraftposten in Betracht) gelten die §§ 52 ff, 61 Postordnung in ähnlichem Sinne. Der Postzeitungsvertrieb, Postscheckverkehr und internationale Postverkehr sind in gleichem Sinne behandelt worden[8]).

Daß es sich bei dem durch den Kontrahierungszwang der Post geschaffenen Vertrag um einen privatrechtlichen Vertrag handelt, ist von verschiedenen Seiten[9]) mit d e r Begründung bestritten worden, daß es sich bei dem zwischen Post und Postbenutzer zustande gekommenen Rechtsverhältnis um rein öffentlich-rechtliche Beziehungen handele. Die Privatvertragsnatur dieses Rechtsverhältnisses geht jedoch aus § 50 Postgesetz mit Deutlichkeit hervor. Hier heißt es: „Diese Vorschriften gelten als Bestandteil des V e r t r a g e s zwischen der Postanstalt und dem Absender bzw. dem Reisenden." Hätten wir es hier mit einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu tun, so hätte der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang nicht das Wort Vertrag gebrauchen dürfen[10]). Die Klärung dieser Frage ist wegen der Durchsetzungsmöglichkeiten, die weiter unten ausführlich behandelt werden, wichtig. Diejenigen, die an der öffentlich-rechtlichen Natur des Postvertrages festhalten, geben dem Benutzer nämlich keinen klagbaren Anspruch auf Vertragsschluß, sondern nur die Möglichkeit einer Verwaltungsbeschwerde gegen die Post.

---

6) RGBl. I, Seite 33.

7) In diesem Zusammenhang darf der Bemerkung Raum gegeben werden, daß der Kontrahierungszwang selbstverständlich nur für die Post errichtet ist, nicht aber für die Benutzer der Post. Obwohl es verboten ist, Postsendungen anders als durch die Post unentgeltlich befördern zu lassen, wird dadurch für den Benutzer kein rechtlicher, sondern nur ein tatsächlicher Zwang, der, wie wir sahen, nicht Grundlage eines Kontrahierungszwanges sein kann, begründet.

8) § 3 Satz 2 Postgesetz für Postzeitungsvertrieb; § 1 Postscheckgesetz; Weltpostvereinsvertrag mit Nebenübereinkommen vom 28. 8. 1924.

9) u. a. Otto Mayer, a.a.O. II, Seite 485 Anm. 10; Arndt, a.a.O., Seite 286; Zorn, a.a.O. II, Seite 275.

10) Vgl. RGZ 48,256; 99,109; 107,42; 109,101; a. A. allerdings RGStR das sich auf den öffentlich-rechtlichen Standpunkt stellt, z. B. 51,65 f.; 52,309 f.

3. In ähnlicher Weise wie für die Reichspost ist das **Fernsprech-** und **Telegrafenwesen** als rechtliches Monopol errichtet worden. § 1 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen in der Fassung vom 14. 1. 1928 lautet: „Das Recht, Fernmeldeanlagen, nämlich Telegrafenanlagen zur Vermittlung von Nachrichten, Fernsprechanlagen und Funkanlagen zu errichten und zu betreiben, steht ausschließlich dem Reiche zu." Der damit erforderlich werdende Kontrahierungszwang wird im § 7 dieses Gesetzes ausgesprochen: „Jedermann hat gegen Zahlung der Gebühren das Recht auf Beförderung von ordnungsmäßigen Telegrammen und auf Zulassung zu einem ordnungsmäßigen Gespräch auf den für den öffentlichen Fernmeldeverkehr bestimmten Anlagen. Vorrechte bei der Benutzung der dem öffentlichen Verkehr dienenden Anlagen und Ausschließungen von der Benutzung sind nur aus Gründen des öffentlichen Interesses zulässig." Hinsichtlich des Anschlusses an das Fernsprechnetz heißt es im § 8: „Sind an einem Orte Fernmeldeanlagen für den Ortsverkehr, sei es von der Deutschen Reichspost, sei es von der Gemeindeverwaltung oder von einem anderen Unternehmer zur Benutzung gegen Entgelt errichtet, so kann jeder Eigentümer eines Grundstückes gegen Erfüllung der von jenen zu erlassenden und öffentlich bekannt zu machenden Bedingungen den Anschluß an das Lokalnetz verlangen." [11])

4. Auch die Monopolisierung der Verkehrsmittel in den Großstädten hat für das Straßenbahn-, Omnibus-, Hoch- und Untergrundbahnwesen zu einem Kontrahierungszwang geführt. Allerdings ist das Zwangsgebot, das hier in der Regel durch Polizeiverordnungen ausgesprochen wird, nicht so positiv wie bei den bisher behandelten Verkehrsunternehmungen gefaßt. Bei den mir zugänglich gewesenen entsprechenden Polizeiverordnungen heißt es durchweg, daß von der Beförderung bestimmte Personen ausgeschlossen sind und stets schließt sich dann eine Aufzählung dieser Personen an. Durch ein argumentum e contrario muß aber hier auf einen Kontrahierungszwang zu Gunsten der nicht aufgezählten Personen geschlossen werden. So lautet z. B. § 8 der Polizeiverordnung der Kleinbahnen (nebenbahnähnliche Kleinbahnen und Straßenbahnen mit Maschinenbetrieb) vom 20. April 1933, die für den gesamten Berliner Straßenbahn, Hoch- und Untergrundbahnverkehr gilt, daß „Betrunkene und Personen mit ekelerregenden oder ansteckenden

11) Auch andere Völker haben den Kontrahierungszwang für derartige Anlagen errichtet. So gilt z. B. für das Telegrafen- und Telefonwesen in England folgende Bestimmung (Gesetz vom 28. Juli 1863):
"Every telegraph of the company shall be open for the messages of all persons alike without favor or preference."
In Frankreich ist dafür durch das Gesetz vom 29. 11. 1850 folgendes bestimmt:
"Il est permis à toutes personnes dont l'identité est établie de correspondre au moyen des télégraphes électriques de l'Etat par l'entremise des fontionnaires de l'Administration télégraphique."

Krankheiten, die durch ihr Verhalten und ihre Krankheit die Mitreisenden oder den sicheren und ordnungsmäßigen Verkehr gefährden, nicht mitfahren dürfen." Eine andere Berliner Polizeiverordnung, betreffend den Omnibusbetrieb vom 11. 6. 1923 in der Fassung vom 29. 1. 1929 trifft im § 29 eine ähnliche Regelung[12]).

§ 9:
Der besondere Kontrahierungszwang als Folge der Ausübung eines Berufes.

Auch die Träger bestimmter Berufszweige unterliegen einem Kontrahierungszwang. Naturgemäß sind diese Fälle äußerst selten; denn angesichts des Grundsatzes der Vertragsfreiheit hat es die Rechtsordnung nach Möglichkeit vermieden, ganze Berufszweige in ihrer freien Entschließung, sich den Vertragspartner auszusuchen, zu beengen. In Frage kommen eigentlich nur die Apotheker und in gewisser Beziehung auch die Rechtsanwälte. Gemäß ALR § 469 f., II, 8 „ist der Apotheker schuldig, dafür zu sorgen, daß die nötigen Arzneimittel bei ihm in gehöriger Güte zu allen Zeiten zu haben sind, auch ist er verpflichtet, solche Anstalten zu treffen, daß das Publikum und die Kranken mit deren Zubereitung, es sei bei Tage oder bei Nacht, schleunig gefördert werden." Diese Bestimmung des allgemeinen Landrechtes gilt heute noch. Rechtsanwälte sind gemäß §§ 33 ff. der Rechtsanwaltsordnung verpflichtet, mit einer Partei oder einem Angeklagten zu kontrahieren, wenn sie ihnen durch gerichtliche Verfügung beigeordnet sind. Um einen Kontrahierungszwang handelt es sich jedoch nicht bei denjenigen Trägern eines Berufes, die zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt worden sind oder sich dazu erboten haben; denn sie haben das Recht und die Pflicht, den an sie gerichteten Vertragsantrag unverzüglich abzulehnen (§ 663 BGB). Hierunter fallen z. B. Ärzte und Rechtsanwälte, wobei für letztere noch die Sonderbestimmung des § 30 RAO gilt. Nicht zu verwechseln damit sind aber die Fälle, in denen beispielsweise ein Arzt, der einzige in einer kleinen Stadt, gemäß § 826 BGB einem allgemeinen Kontrahierungszwang unterliegt; denn hier handelt es sich ja gleichzeitig um einen tatsächlichen Monopolinhaber. Bei Trägern eines Berufes, die zur Ausübung dieses Berufes einer Konzession bedürfen, liegt selbst dann kein Kontrahierungszwang vor, wenn die Konzessionserteilung von der Bedürfnisfrage abhängig ist[1]). Genau so wenig kann ein wirtschaftliches Bedürfnis des Publikums den Kontrahierungszwang begründen, z. B. wenn ein Gastwirt einer Person Speise und Trank verweigert[2]). Alle diese Fälle scheiden aus, weil,

12) Auch für den Auto- und Droschkenverkehr wird meistens durch örtliche Polizeiverordnungen ein Kontrahierungszwang statuiert.

1) So Nipperdey, Kontrahierungszwang, Seite 45; Fürst, a.a.O., Sp. 184. a. A. Biermann, a.a.O., Seite 277 ff.

2) Richtig Fürst, a.a.O., Sp. 184.

wie wir im § 2, 1 sahen, Wesensmerkmal des Kontrahierungszwanges ist, daß er eine besondere Rechtsgrundlage haben muß. Darauf, daß sich auch gewohnheitsrechtlich, was ja eine solche Rechtsgrundlage darstellen würde, ein Kontrahierungszwang für konzessionierte Gewerbe und für Betriebe, die der Befriedigung dringender Wirtschaftsbedürfnisse des Publikums dienen, nicht herausgebildet hat, ist mit Recht von Nipperdey[3]) hingewiesen worden[4]). Besteht jedoch eine ausschließliche Gewerbeberechtigung, so ergibt sich der Kontrahierungszwang selbst dann, wenn er nicht in den betreffenden Gesetzen oder Verordnungen ausgesprochen worden ist. Gemäß § 39 Gew.O. können die Landesgesetze die Einrichtung von Kehrbezirken für Schornsteinfeger gestatten. Dies ist in Preußen durch das Gesetz betreffend die Einrichtung von Kehrbezirken für Schornsteinfeger vom 24. 4. 1888 in der Weise geschehen, daß jedem Bezirk nur ein Schornsteinfeger zugewiesen wird, dessen sich die Hausbesitzer des Bezirkes zu bedienen haben. Hier wäre es unsinnig, einen Kontrahierungszwang abzulehnen, weil er nicht ausdrücklich ausgesprochen ist; denn wenn man auf der einen Seite die Hausbesitzer verpflichtet, sich eines bestimmten Schornsteinfegers zu bedienen, so muß man den Kontrahierungszwang für die andere Seite notwendig annehmen[5]).

§ 10:
Der besondere Kontrahierungszwang bei Eingriffen des Staates in die Wirtschaft in Krisenzeiten.

Jeder Staat hat die Pflicht, in Zeiten, in denen unerwünschte wirtschaftliche Erscheinungen eintreten, durch gesetzliche Maßnahmen regulierend einzugreifen. Das war besonders während der Kriegs- und Nachkriegswirtschaft notwendig, wo die Wirtschaft zum Schaden der Gesamtheit ganz andere Wege als sie erwünscht waren, gegangen wäre, hätte der Staat nicht eingegriffen. Ein Mittel staatlichen Eingriffes in die Wirtschaft zu diesen Zwecken war der Kontrahierungszwang. Hier verpflichtete die Rechtsordnung das einzelne Rechtssubjekt, bestimmte Güterbewegungen vorzunehmen, die es sonst überhaupt nicht oder wenigstens nicht in der Weise vorgenommen hätte. Beispiele dieser Art geben Kriegsverordnungen, Demobilisierungs-, Wohnungsmangel-[1]) und Höchstpreisgesetz-

3) Kontrahierungszwang, Seite 47.
4) Eine Auseinandersetzung darüber, ob Gerichtsvollzieher usw. einem Kontrahierungszwang unterliegen, anzustellen, ginge über den Rahmen dieser Arbeit, die nur Beispiele geben kann, hinaus.
5) Vgl. dazu Hergt, a.a.O. Seite 50, der denselben Standpunkt einnimmt.
1) § 4 des Wohnungsmangelgesetzes vom 26. 7. 1923 bestimmt: „Die Gemeindebehörde kann für eine unbenutzte Wohnung oder andere unbenutzte Räume, die zu Wohnzwecken geeignet sind, von dem Verfügungsberechtigten verlangen, daß er mit einem der ihm bezeichneten Wohnungsuchenden innerhalb einer angemessenen Frist einen Mietvertrag abschließt."

gebungen[2]). Eine nähere Erläuterung von Fällen dieser Art erübrigt sich, da sich der größte Teil der entsprechenden Gesetze heute nicht mehr in Kraft befindet und daher lediglich historische Bedeutung hat. Wesentlich wichtiger sind für uns heute die Fälle des Kontrahierungszwanges in dieser Richtung, die erst in jüngster Zeit statuiert worden sind.

Als am 30. Januar 1933 die nationale Regierung in Deutschland an die Macht kam und innerhalb weniger Wochen das gesamte Staatswesen und Wirtschaftsgefüge mit ihren Gedankengängen durchdrang, stand sie vor der schwierigen Aufgabe, eine völlig zerrüttete Wirtschaft, die nicht mehr in der Lage war, vielen Millionen deutscher Volksgenossen Arbeits- und Verdienstmöglichkeiten zu geben, wieder in Gang zu bringen. Hierzu waren außerordentliche Maßnahmen erforderlich, die an solche der Kriegswirtschaft und der Demobilisierung erinnern. Auch hier tauchte oftmals die Notwendigkeit auf, die Vertragsfreiheit in großem Umfange aufzuheben oder einzuengen und einen Kontrahierungszwang zu errichten. In diesem Zusammenhang haben besonders die äußerst zahlreichen Zusammenschlüsse in der Wirtschaft zwecks Stärkung der Inlandsproduktion Bedeutung, die zwar selbst als hoheitlicher Ausfluß der Staatsgewalt keinen Kontrahierungszwang darstellen, weil Verträge zwischen den zusammengeschlossenen Unternehmungen nicht geschlossen werden (vgl. § 2, 3) aber wegen der dadurch erfolgten Monopolisierung ganzer Produktionszweige einen Kontrahierungszwang bedingten. Solche Zusammenschlüsse sind für Mühlen, Milchbewirtschaftung, Obst- und Gemüseverwertungsindustrie, Fischindustrie und Stärkeindustrie erfolgt. Noch schärfere Eingriffe sind für An- und Verkauf von Fetten und Ölen, Milcherzeugnissen, Eiern, Verkehr mit Tieren und tierischen Erzeugnissen vorgenommen worden. Um diese Produkte unter schärfster Kontrolle zu behalten, wird für sie je eine Reichsstelle errichtet, die eine strenge Beaufsichtigung dieser Güter vornimmt. So bestimmt z. B. § 3 der Zweiten Verordnung des Reichspräsidenten zur Förderung der Verwendung inländischer tierischer Fette und inländischer Futtermittel vom 23. 3. 1933 (RGBl. I, Seite 143): „Wer im Zollinland hergestellte Öle und Fette im Zollinland in Verkehr bringen oder aus dem Zollausland oder aus einem Zollausschlußgebiet einzuführende Öle oder Fette zur zollamtlichen Abfertigung zum freien Verkehr stellen will, hat sie der Reichsstelle zum Kauf anzubieten ....“. Kontrahierungszwang für den Hersteller zu Gunsten der Reichsstelle! Auf der anderen Seite unterliegt aber auch die Reichsstelle dem Kontrahierungszwang zu Gunsten des Verbrauchers; so bestimmt § 6 dieser Verordnung: „Die Reichsstelle ist verpflichtet, die Öle und Fette an jedermann zu verkaufen“. Entsprechende Re-

2) Beispiele hierzu: Nipperdey, Kontrahierungszwang, Seite 67 ff.

gelungen sind bei den anderen genannten Produkten erfolgt[3]). Der Kontrahierungszwang ist aber auch in anderer Weise dann zu finden, wenn weder ein Zusammenschluß der betreffenden Erzeugung noch eine Reichsstelle für bestimmte Erzeugnisse eingerichtet ist. So wird z. B. in einer Verordnung vom 13. 6. 1933 (Deutscher Reichsanzeiger, Nr. 136) betreffend das Gesetz zur Förderung der Verwendung inländischer Schafwolle den beteiligten Betrieben die Verpflichtung auferlegt, im Inland erzeugte Wolle zu erwerben. Eine Entziehung von dem Zwang zum Abschluß solcher Kaufverträge ist für diese Betriebe nicht möglich, weil in dieser Verordnung gleichzeitig die Spitzenverbände der hier in Betracht kommenden Wirtschaftszweige beauftragt und bevollmächtigt worden sind festzusetzen, „welche Menge die Gesamtheit der Vereine und Verbände zu erwerben hat und welche Teilmengen auf die einzelnen Mitglieder entfallen.“ Ähnliches finden wir im § 1, Ziff. 1 der Verordnung über den Absatz von Siegelhopfen vom 6. 12. 1933 (RGBl I, Seite 1059) „..... alle Pflanzer von Siegelhopfen sind verpflichtet, Siegelhopfen ausschließlich an die Deutsche Hopfenverkehrsgesellschaft m. b. H. in München zu verkaufen“ [4]). Alle diese Fälle, die nur einige Beispiele von vielen darstellen, zeigen, in welchem Maße auch der nationalsozialistische Staat von dem Rechtsinstitut des Kontrahierungszwanges Gebrauch macht.

C. Rechtsnatur und Durchsetzung.

§ 11:

Die Rechtsnatur des Kontrahierungszwanges.

Durch die Errichtung des Kontrahierungszwanges werden ein oder mehrere Rechtssubjekte verpflichtet, einen privatrechtlichen Vertrag bestimmten Inhaltes zu schließen. Hierbei ist eine scharfe Trennung vorzunehmen; denn wir haben es ja mit zwei voneinander geschiedenen Verpflichtungen des betroffenen Rechtssubjektes zu tun. Einmal handelt es sich um die Pflicht, auf Grund eines Gebotes der Rechtsordnung überhaupt einen Vertrag abzuschließen und zum anderen um diesen Vertrag selbst. Hierbei gehen naturgemäß öffentliches Recht und Privatrecht oftmals ineinander über; denn das Gebot der Rechtsordnung zum Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages ist als eine an das

3) § 3 des Gesetzes über den Verkehr mit Milcherzeugnissen vom 20. 12. 1933 (RGBl. I, Seite 1093) lautet: „Wer im Zollinland hergestellte Milcherzeugnisse im Zollinland in den Verkehr bringen oder aus dem Zollausland oder aus einem Zollausschlußgebiet einzuführende Milcherzeugnisse zur zollamtlichen Zollabfertigung zum freien Verkehr stellen will, hat sie der Reichsstelle zum Kauf anzubieten.“ Dasselbe im § 3 des Gesetzes über den Verkehr mit Eiern vom 20. 12. 1933 (RGBl. I Seite 1094).

4) Vgl. ferner die Verordnung über die Erfassung und den Absatz inländischer Wolle vom 30. 1. 1934 (RGBl. I, Seite 78).

Rechtssubjekt herantretende willensunabhängige Verpflichtung zweifellos öffentlich-rechtlicher Natur, da dem Privatrecht ein solcher Zwang gemäß dem Grundsatz der Vertragsfreiheit unbekannt ist. Es ist daher die Frage aufgetaucht, ob der durch diesen Zwang zustande gekommene Vertrag überhaupt noch dem privaten Recht zuzurechnen ist. So sagt z.B. Arndt[1]: „Ein Vertrag, der als zwingende Norm vorgeschrieben ist, ist kein Vertrag sondern ein Gesetz, ebenso wie das Strafgesetzbuch oder das Gerichtsverfassungsgesetz keine Verträge zwischen dem Staate und den Bürgern darstellen." Ähnlich drückt es Zorn[2]) aus: „Ein Vertrag, der auf Verlangen des einen Teils vom anderen geschlossen werden muß, ein Vertrag, dessen Inhalt nicht frei vereinbart wird, sondern gesetzlich feststeht, ein Vertrag, bei dessen Abschluß die Dispositionsfähigkeit in keiner Weise in Betracht kommt, ist eben juristisch kein Vertrag im Sinne des Privatrechtes." Dieser Ansicht muß mit Entschiedenheit entgegengetreten werden; denn sie beruht auf unrichtigen Voraussetzungen. Wäre ihr beizutreten, so müßte man die Existenz des Rechtsinstitutes Kontrahierungszwang überhaupt leugnen. Zwei Wege hat die Rechtsordnung, um die Rechtssubjekte zu von ihr gewünschten Güterbewegungen zu veranlassen; sie kann die Güterbewegung einfach befehlen, ein Beispiel bildet hier die Enteignung, und sie kann den Kontrahierungszwang anordnen. Beide Möglichkeiten unterscheiden sich grundlegend zwar nicht ihrer Wurzel nach, die bei beiden öffentlich-rechtlicher Natur ist, wohl aber nach ihrem Gegenstande. Während Gegenstand des ersten Weges die Güterbewegung unmittelbar ist, ist Gegenstand der anderen Möglichkeit, Rechtssubjekte zu verpflichten, eine Verpflichtung mit dem Ziele, eine bestimmte Güterbewegung vorzunehmen, einzugehen, d. h. einen Vertrag zu schließen. Steht im ersten Fall der Staat dem Rechtssubjekt übergeordnet gegenüber, so werden bei der anderen Regelung Rechtssubjekte gezwungen, sich gegenüber anderen gleichgeordneten Rechtssubjekten zu verpflichten. So wird z. B. die Post nicht gezwungen, Briefe, Pakete, Telegramme zu befördern, sondern ihre Verpflichtung geht dahin, derartige Beförderungsverträge mit den Rechtssubjekten abzuschließen[3]). Die Rechtsordnung wollte in all diesen Fällen bewußt zur Regelung der zwischen Verpflichteten und Begünstigten entstehenden Rechtsbeziehungen Verträge; Verträge aber gehören grundsätzlich dem Privatrecht an und müssen nach seinen Grundsätzen behandelt werden. Es erscheint daher unerfindlich, wenn Zorn[4]) sogar in den Fällen, in denen das Zwangsgebot selbst von „Verträgen" spricht, die Vertragsnatur der aus dem Kontra-

1) a.a.O., Seite 286.
2) a.a.O. II, Seite 275.
3) So bereits Biermann, a.a.O., Seite 269.
4) a.a.O., Seite 286 Anm. 110: „Der Postvertrag ist kein Vertrag, auch wenn das Gesetz — Postgesetz § 50 diesen Ausdruck gebraucht."

hierungszwang hervorgegangenen Verpflichtung leugnet[5]). Den Kontrahierungszwang als Ganzes genommen, kann man wegen seiner öffentlich rechtlichen Wurzel und seines privatrechtlichen Gegenstandes als gemischt rechtliches Institut ansprechen.

§ 12:

Die Durchsetzung des Kontrahierungszwanges.

I. Die Erzwingung des Vertragsschlusses.

Sind bisher Wesen und Rechtsgrundlage des Kontrahierungszwanges Gegenstand der Behandlung gewesen, so erhebt sich nunher die Frage, wie sich die praktischen Durchsetzungsmöglichkeiten des Zwanges zum Vertragsschluß gestalten. Es handelt sich hier also darum festzustellen, auf welche Weise der von dem Kontrahierungszwang Betroffene nun auch tatsächlich dahin gebracht werden kann, die ihm obliegende Verpflichtung zu erfüllen, d. h. den Vertrag abzuschließen. Interesse daran wird vor allem der durch den Kontrahierungszwang Begünstigte haben; für ihn besteht ein Rechtsschutzbedürfnis; denn sonst würde der Zweck des Kontrahierungszwanges, zu seinen Gunsten ein anderes Rechtssubjekt zum Kontrahieren zu veranlassen, durch dessen Widerstreben zunichte werden. Aus dieser Zweckbestimmung des Kontrahierungszwanges ergibt sich für den Begünstigten notwendig ein subjektives Recht; denn nur ein solches ist in der Lage, den gewünschten Erfolg herbeizuführen[1]). In der Regel also wird die Klage vor den ordentlichen Gerichten in der Form gegeben sein, daß der Begünstigte den Kontrahierungsverpflichteten auf Abgabe der Willenserklärung verklagt, die in Verbindung mit seinem Vertragsantrag geeignet ist, den Vertrag zustande zu bringen; ist dann die Verurteilung erfolgt, so gilt die Willenserklärung gemäß § 894 ZPO als abgegeben, d. h. der Vertrag gilt als zustande gekommen[2]). Diese Möglichkeit ist in der überwiegenden Zahl der Fälle des besonderen Kontrahierungszwanges gegeben, sofern nicht eine andere Durchsetzungsmöglichkeit in dem betreffenden Zwangsgebot selbst genannt ist[3]). Bestritten ist allerdings die Möglichkeit der Klage auf Vertragsabschluß bei einer Weigerung der Eisenbahn. Hier glauben einige aus § 453, Abs. IV HGB, in dem bestimmt wird, daß bei Zuwiderhandlungen der

5) Treffend sind die Formulierungen Nipperdey's, Kontrahierungszwang, Seite 87, 88: „Daß der Gegenstand der Verpflichtung: Das Eingehen des Vertrages seinem Kern nach in jedem Fall privatrechtlich ist, läßt sich kaum bestreiten ... Die Erklärung des Verpflichtungswillens ist die Anerkennung der aus dem Gesetz sich ergebenden Verpflichtung."

1) So auch Dessau, a.a.O., Seite 12; Nipperdey, Kontrahierungszwang, Seite 90 ff.

2) So richtig bereits Jung a.a.O., Sp. 183.

3) Vgl. das Verfahren vor den Mieteinigungsämtern nach dem Wohnungsmangelgesetz und dem Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter.

Eisenbahn Schadensersatzansprüche gegeben sind, folgern zu können, daß dies die einzige Folge der Abkehr sei, eine zwangsweise Herbeiführung des Vertrages also nicht in Frage käme. Demgegenüber hat jedoch Nipperdey[4]) darauf hingewiesen, daß diese Bestimmung im Abs. IV den Erfüllungsanspruch, den Anspruch also auf Abschluß eines Beförderungsvertrages, wie er im Abs. I der Eisenbahn auferlegt wird, nicht ausschließt. Dieser Auffassung ist beizutreten; denn der Zweckbestimmung des Kontrahierungszwanges würde eine solche Auslegung zuwiderlaufen, weil der Allgemeinheit in den meisten Fällen mit einem Schadensersatzanspruch überhaupt nicht gedient sein würde. Die Bestimmung im Abs. IV ist an sich überflüssig und nur einer zusammenhängenden Regelung des 7. Abschnittes des 3. Buches HGB wegen erfolgt; der Schadensersatzanspruch bei einer ungerechtfertigten Abkehr der Eisenbahn würde sich sowieso aus den allgemeinen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches ergeben.

Anders ist es jedoch meist in den Fällen des besonderen Kontrahierungszwanges, in denen dem inneren Rechtsgrund nach Begünstigter nicht unmittelbar das einzelne Rechtssubjekt ist, sondern die Volksgesamtheit, in denen also die Rechtsordnung den Kontrahierungszwang statuiert hat, um volkswirtschaftlich günstige Wert- und Güterbewegungen herbeizuführen, wie dies z. B. durch die Zusammenschlüsse in der Wirtschaft und vor allem durch die Errichtung von Reichsstellen durch die nationale Regierung erfolgt ist (Vgl. § 10). Hier ist ein anderes Verfahren gesetzlich festgelegt und es kann für die die Gesamtheit vertretenden Organisationen, z. B. die staatlichen Reichsstellen von einem subjektiven Recht auf Vertragsschluß nicht gesprochen werden; auch die Durchsetzungsmöglichkeiten vor den öffentlichen Gerichten scheiden daher hier aus. Verweigert in solchen Fällen ein vom Kontrahierungszwang Betroffener den Vertragsabschluß, so wird er auf andere Weise dazu gezwungen. So bestimmt z. B. § 13 der Zweiten Verordnung des Reichspräsidenten zur Förderung der Verwendung inländischer tierischer Fette und inländischer Futtermittel vom 23. 3. 1933: „Wer den Vorschriften (u. a. Fette usw. der Reichsstelle zum Kauf anzubieten § 3) ... vorsätzlich oder fahrlässig zuwiderhandelt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahre oder mit Geldstrafe bestraft". Bei einem Teil dieser Art von Fällen ist ferner auch die eigenartige Rechtsfigur des „diktierten Vertrages" entwickelt worden[5]); er ist ebenfalls „ein Mittel zur Verwirklichung und Gestaltung der Verpflichtung aus dem Kontrahierungszwang" [6]). Von einem diktierten Vertrage spricht man dann, wenn durch einen gesetzlich statuierten

4) Kontrahierungszwang, Seite 94 f.
5) Die Bezeichnung „diktierter Vertrag" stammt von Hedemann, Das bürgerliche Recht und die neue Zeit, Seite 17 f.
6) Nipperdey, Kontrahierungszwang, Seite 129.

Fall des besonderen Kontrahierungszwanges die Erzwingung des aus ihm fließenden Vertrages durch den Begünstigten ausdrücklich nicht über die ordentlichen Gerichte, sondern über bestimmte Einigungsstellen oder sonstige Verwaltungsbehörden zu erfolgen hat. Meist geschieht das in der Form, daß die betreffende Stelle zunächst eine gütliche Einigung herbeizuführen versucht und im Falle des Fehlschlagens dieser Einigung von sich aus oder über eine weitere Stelle den Vertrag für beide Teile bindend festlegt, d.h. den Vertrag diktiert. So wurden z. B. nach der Einstellungsverordnung vom 12. 2. 1920 Betriebsunternehmer verpflichtet, die vor dem 1. August 1914 (Kriegsausbruch) bei ihnen beschäftigten Kriegsteilnehmer wieder einzustellen und sie tunlichst so wie vorher zu beschäftigen, (also die Errichtung eines Kontrahierungszwanges!) Kam nun ein Unternehmer dieser Verpflichtung nicht nach, so war auf Anrufung einer Partei gemäß § 22 dieser Verordnung der auf Grund der Tarifvertragsverordnung (§ 15) vom 23. 12. 1918 gebildete Schlichtungsausschuß zuständig. Erging ein Schiedsspruch dieses Ausschusses und unterwarfen sich ihm beide Parteien, so galt der Arbeitsvertrag als zustande gekommen. Unterwarf sich diesem Schiedsspruch nur ein Teil, so konnte gemäß § 25 der Demobilmachungskommissar, wenn er den Spruch des Schlichtungsausschusses für billig und richtig erachtete, diesen für verbindlich erklären, d. h. den Parteien den Arbeitsvertrag diktieren[7]). Diese Verbindlichkeitserklärung weist gewisse Ähnlichkeiten mit dem im § 894 ZPO geregelten Verfahren auf, unterscheidet sich von diesem aber dadurch, daß es rein verwaltungsrechtlicher Natur ist und Grundsätze des Parteibetriebes und der Verhandlungsmaxime daher nicht zur Anwendung kommen; ferner braucht der Schiedsspruch nicht auf rein rechtlichen Erwägungen zu beruhen, sondern konnte sich auf wirtschaftliche und Billigkeitserwägungen stützen[8]).

Eine Sonderstellung nimmt in diesem Zusammenhang schließlich die Durchsetzung des allgemeinen Kontrahierungszwanges aus § 826 BGB ein. Bei dieser Erscheinungsform des Kontrahierungszwanges handelt es sich darum, einen Monopolinhaber, der sich sittenwidrig von einem Rechtssubjekt abkehrt, zum Vertragsschluß zu zwingen. Rechtsgrundlage hierfür ist der § 826 BGB. Schwierigkeiten der Art und Weise der Durchsetzungsmöglichkeit sind hier deswegen gegeben, weil der Wortlaut dieses Gesetzes lediglich einen Schadensersatzanspruch, nicht aber eine Schadensverhütung in der Form zu enthalten scheint, daß der Begünstigte vor drohender Abkehr durch Erzwingung eines Vertrages geschützt wird. Kann nun

7) Hielt der Demobilmachungskommissar den Schiedsspruch für unbillig, so durfte er ihn nicht abändern, sondern es mußte durch die Parteien ein anderer Schiedsspruch von dem Schlichtungsausschuß verlangt werden.

8) Weitere Beispiele bilden das Gesetz zur Beschäftigung von Schwerbeschädigten und das Gesetz über Wiedereinstellung aller am Tag des Ruhreinfalles (11. 1. 1923) beschäftigt gewesenen Arbeitnehmer.

trotzdem geschlossen werden, daß der Begünstigte aus § 826 BGB einen Anspruch auf Erfüllung der dem Betroffenen obliegenden Rechtspflicht, eine „positive, vorbeugende Handlungsklage", d. h. eine Klage auf Vertragsschluß bei drohender Abkehr hat? Bisher ist zwar eine vorbeugende Unterlassungsklage des durch den Kontrahierungszwang Begünstigten als zulässig erachtet worden, allerdings auch nur immer dann, wenn bereits eine Schädigung erfolgt ist und zu erwarten steht, daß noch weitere Schädigungen folgen werden[9]). Hiermit allein ist jedoch dem Rechtsschutzbedürfnis des Begünstigten nicht Genüge getan; denn dann wäre er bei erstmalig drohender Schädigung vollkommen schutzlos und müßte erst diese Schädigung abwarten, um dann mit der Unterlassungsklage vorgehen zu können. Dieses Ergebnis ist offenbar unbillig. Es entspricht daher einem dringenden Erfordernis und dem Wesen des Kontrahierungszwanges, dem Rechtssubjekt auch bei erstmalig drohender Abkehr ein Rechtsmittel zu deren Verhütung zu geben; als solches stellt sich aber nur die vorbeugende Handlungsklage dar[10]). Voraussetzung ist jedoch, daß nach dem normalen Kausalverlauf der Dinge einmal eine Abkehr und zum anderen eine Schädigung durch diese Abkehr zu erwarten ist. Zusammenfassend ergeben sich für den Begünstigten, vorausgesetzt, daß der andere Teil dem allgemeinen Kontrahierungszwang aus § 826 BGB — wie er im § 6 dargestellt wurde, — unterliegt, folgende drei Möglichkeiten:

a) Hat der Betroffene nicht kontrahiert, so kann der Begünstigte Schadensersatz verlangen;

b) Hat der Betroffene nicht kontrahiert und weigert er sich, auch für die Zukunft zu kontrahieren, so kann der Begünstigte Schadensersatz verlangen und die vorbeugende Unterlassungsklage anstrengen;

c) Ist ein Schaden bisher noch nicht eingetreten und besteht Gefahr, daß der Betroffene nicht kontrahiert, so kann der Begünstigte die vorbeugende Handlungsklage anstrengen.

Schließlich sei noch bemerkt, daß der vom Kontrahierungszwang Betroffene zwar dauernd zum Vertragsschluß mit dem oder den Begünstigten bereit sein muß, er aber nur dann entsprechend tätig zu werden hat, wenn der Begünstigte es will; seine Verpflichtung entsteht erst auf einer Äußerung des Begünstigten hin; der Anspruch des Begünstigten besteht, wie Nipperdey[11]) es aus-

9) Die streitige Frage hierbei, ob die Unterlassungsklage unmittelbar aus § 826 BGB folgt oder in entsprechender Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB zu gewähren ist, steht hier nicht zur Erörterung. Es genügt die Feststellung ihrer Zulässigkeit.

10) So auch Nipperdey, Kontrahierungszwang, Seite 96 ff.; Mertens a.a.O., Seite 29 f.

11) Kontrahierungszwang, Seite 101.

drückt, „latent er lege“ und ist als „verhaltener Anspruch“ zu bezeichnen[12]).

II. Der durch den Kontrahierungszwang zustande gekommene Vertrag.

Der unter Kontrahierungszwang geschlossene Vertrag ist, wie wir gesehen haben, privatrechtlicher Natur. Er unterliegt daher grundsätzlich in vollem Umfange den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes; Ansprüche, die sich aus ihm ergeben, gehören vor die ordentlichen Gerichte. Ob im konkreten Einzelfall bestimmte Normen des BGB, die offentsichtlich auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beruhen, entsprechend der Eigenart des hier behandelten Rechtsinstitutes Anwendung finden können, z. B. die Kündigung von Verträgen, kann nur auf Grund des jeweiligen Sachverhaltes Gegenstand der Beurteilung sein.

12) Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB., 1903, Seite 101 ff.: „Es gibt aber noch eine besondere Art von Ansprüchen, bei denen ebenfalls der Schuldner nicht zur sofortigen Leistung verpflichtet ist, also keine aktuelle Leistungspflicht und demnach kein aktueller, kein fälliger Anspruch besteht, die Fälligkeit nämlich gebunden ist an die tatsächliche Geltendmachung des Anspruches durch den Gläubiger. Diese Geltendmachung steht im freien Belieben des Gläubigers. Sie ist in keiner Weise beschränkt; es bedarf nicht mehr als seiner Erklärung, daß er die Leistung verlange. Die Situation ist also die: Der Anspruch besteht, er ist jedoch nicht fällig, kann aber gleichwohl unbeschränkt geltend gemacht werden: verhaltener Anspruch.“

Lebenslauf.

Am 7. Oktober 1910 wurde ich als Sohn des 1933 verstorbenen Regierungsbaurates a. D. Adolf Bothe und seiner Ehefrau Else geb. Meyer zu Potsdam geboren und dortselbst am 18. April 1911 evangelisch getauft. Von Ostern 1917 bis Ostern 1920 besuchte ich die Städtische Vorschule zu Potsdam und darauf bis Michaelis 1923 das dortige Realgymnasium. Infolge einer dienstlichen Versetzung meines Vaters wechselte ich die Schule und besuchte ab Michaelis 1923 das Reform-Realgymnasium zu Berlin-Weißensee, wo ich am 1. März 1929 die Reifeprüfung bestand. Dann studierte ich an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin und der Philipps-Universität zu Marburg Rechtswissenschaft und bestand am 7. April 1934 vor dem Prüfungsausschuß des Kammergerichtes das erste juristische Staatsexamen und am 30. Juli 1934 das juristische Doktorexamen an der Philipps-Universität. Zur Zeit befinde ich mich im juristischen Ausbildungsdienst im Kammergerichtsbezirk.